

PRICILA MARTINS CARRANO

INTERVENÇÃO CONCORRENCIAL E SANCIONATÓRIA: UMA VISÃO  
CONTEMPORÂNEA DO ARTIGO 173, *CAPUT* E § 4º DA CONSTITUIÇÃO  
FEDERAL

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito, do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. Egon Bockmann Moreira

CURITIBA  
2013

## TERMO DE APROVAÇÃO

PRICILA MARTINS CARRANO

### INTERVENÇÃO CONCORRENCIAL E SANCIONATÓRIA: UMA VISÃO CONTEMPORÂNEA DO ARTIGO 173, *CAPUT* E § 4º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção de grau de Mestre no Curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: \_\_\_\_\_

Prof. Dr. Egon Bockmann Moreira

Orientador

\_\_\_\_\_

Prof. Dr.

\_\_\_\_\_

Prof. Dr.

Curitiba, DATA

Aos meus pais, as pessoas mais legais que já  
conheci, e a quem devo tudo que sou.

## **AGRADECIMENTOS**

Ao meu orientador, Prof. Dr. Egon Bockmann Moreira, fonte de constante inspiração.

Ao Curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná, na pessoa do seu coordenador.

Às minhas amigas queridas, Fernanda Ghellere, que torna minha vida sempre mais simples, e Kelly Barbosa, pela constante doçura com que trata as pessoas.

Aos meus colegas de mestrado, por todas as risadas, aprendizados e desabafos, em especial Francisco Augusto Zardo Guedes, Maria Francisca dos Santos Accioly, Adriano Barbosa, Diogo Nascimento Busse, Melanie Merlin de Andrade, Nayara Tataren Sepulcri, Luasses Gonçalves dos Santos, Paulo Sergio Nied, Saulo Lindorfer Pivetta, Thiago de Azevedo Pinheiro Hoshino, André Tesser e Rodrigo Fernandes Lima Dalledone.

Aos meus queridos colegas de trabalho Rafael Carneiro Bolda, Flavio Mocelim de Queiroz e Beatriz Arantes Cassou, por toda compreensão e amizade.

A todas as pessoas que passaram pela minha vida nesses dois anos, e que, de alguma forma, participaram dessa jornada.

*L'esprit moderne est tel qu'il n'admet plus la critique  
de celui qui ne propose pas une autre solution.*

André Delion

## RESUMO

A intervenção concorrencial e a intervenção sancionatória são previstas no mesmo dispositivo constitucional, e auxiliam na consagração de ideologia capitalista. Com os fenômenos da globalização e da doutrina neoliberal, o Estado passa por uma reformulação de seu papel. O equilíbrio da relação entre a ordem estatal e a ordem concorrencial se altera, com tendência da sobreposição da ordem concorrencial ao Estado. O trabalho foca na análise de tais aspectos a fim de perquirir a intenção do legislador constituinte ao dispor sobre duas modalidades interventivas diversas no mesmo dispositivo, e no papel que cada uma desempenha atualmente.

**Palavras-Chave:** intervenção concorrencial; intervenção sancionatória; ideologia capitalista; globalização; ordem estatal; ordem concorrencial.

## ABSTRACT

The competitive intervention and the penalty intervention are provided on the same constitutional provision, and assist in the consecration of capitalist ideology. With the phenomena of globalization and neoliberal doctrine, the state undergoes a reformulation of its role. The balance of the relationship between the state order and competitive order changes, with a tendency of competitive order overlap the State. The work focuses on the analysis of these aspects in order to assert the constitutional legislator's intent to provide for two different interventional modalities on the same device, and the role that each plays today.

**Key-words:** competitive intervention; penalty intervention; capitalist ideology; globalization; state order; competitive order.

## SUMÁRIO

<b>RESUMO.....</b>	<b>vi</b>
<b>ABSTRACT.....</b>	<b>vii</b>
<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>01</b>

### **CAPÍTULO 1 IDEOLOGIA CAPITALISTA E INTERVENCIONISMO ESTATAL..... 05**

<b>1.1 Mercado, Estado e ideologia – premissas introdutórias.....</b>	<b>05</b>
<b>1.2 Ideologia, ideologia capitalista e Direito.....</b>	<b>07</b>
1.2.1 Origens históricas do termo “ideologia”.....	07
1.2.2 Breves pontuações sobre a ideologia capitalista.....	11
1.2.3 Sistemas econômicos e ideologia capitalista na CF/88.....	14
1.2.4 A ideologia na ordem econômica brasileira na visão de Washington Peluso Albino de Souza.....	15
<b>1.3 Notas sobre ideologia capitalista e Estado – a visão de Adam Przeworsky.....</b>	<b>18</b>
1.3.1 O “governo do Estado” X o “governo do Capital”.....	18
1.3.2 Análise crítica das perspectivas apresentadas por Adam Przeworsky.....	21
<b>1.4 Sobre a intervenção estatal nos modelos de Estado.....</b>	<b>23</b>
1.4.1 Estado e capitalismo liberal.....	23
1.4.2 Estado Regulador e capitalismo de Estado.....	28
1.4.3 Desregulamentação e Neoliberalismo.....	33
<b>1.5 A crise atual da ideologia capitalista e a postura intervencionista do Estado.....</b>	<b>38</b>

### **CAPÍTULO 2 A CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA: ASPECTOS GERAIS DA ORDEM ECONÔMICA BRASILEIRA E DA INTERVENÇÃO ESTATAL..... 41**

<b>2.1 Da ordem e da Constituição Econômica - conceituação.....</b>	<b>41</b>
2.1.1 Da ordem jurídico-político-econômica.....	41
2.1.2 Da Constituição Econômica.....	43
<b>2.2 A ordem e a Constituição Econômica na Carta de 1988.....</b>	<b>46</b>
2.2.1 Adoção do sistema dual.....	46



2.2.1.1 Interpretação sistemática do duplo pilar “livre iniciativa e valorização do trabalho humano”: ênfase no princípio da dignidade da pessoa humana.....	47
2.2.1.2 O Estado social intervencionista brasileiro e as falhas do sistema dual.....	50
2.2.2 Princípios informadores da ordem econômica brasileira.....	54
<b>2.3 O “gênero” intervenção estatal no domínio econômico.....</b>	<b>60</b>
2.3.1 Aspectos conceituais.....	60
2.3.2 Objetivos e ordens motivacionais da intervenção.....	62
2.3.3 Modalidades de intervenção.....	64
 <b>CAPÍTULO 3 INTERVENÇÃO CONCORRENCIAL.....</b>	 <b>71</b>
 <b>3.1 O Estado como agente direto da atividade econômica: as empresas estatais e o início do direito público econômico.....</b>	 <b>71</b>
3.1.1 Rápidas anotações sobre a formação do direito público econômico e sobre o Estado tecnoburocrático-capitalista dependente brasileiro.....	71
3.1.2 Fatores de natureza econômica, política, administrativa e social motivadores da criação das empresas estatais.....	73
<b>3.2 Surgimento das estatais no cenário brasileiro.....</b>	<b>74</b>
<b>3.3 As empresas estatais na ordem econômica brasileira.....</b>	<b>80</b>
3.3.1 Particularidades sobre o gênero “empresa estatal”.....	80
3.3.1.1 A espécie “empresa pública”.....	84
3.3.1.2 A espécie “sociedade de economia mista”.....	85
3.3.2 A opção entre a sociedade de economia mista e a empresa estatal.....	86
<b>3.4 Análise do caput do artigo 173 da CF/88.....</b>	<b>89</b>
3.4.1 Atividades econômicas para os fins da Constituição.....	89
3.4.1.1 Solução para o impasse: proposta de Carlos Ari Sundfeld.....	92
3.4.2 Indeterminação dos conceitos “segurança pública” e “relevante interesse coletivo”.....	94
3.4.3 Necessidade de lei de caráter geral.....	97
3.4.3.1 Projetos de lei sobre o tema.....	99
 <b>CAPÍTULO 4 INTERVENÇÃO SANCIONATÓRIA.....</b>	 <b>101</b>
 <b>4.1 Relações entre o Estado e a ordem concorrencial: o Estado como garante da ordem concorrencial.....</b>	 <b>101</b>
<b>4.2 Origens do direito concorrencial.....</b>	<b>103</b>

<b>4.3 Breve histórico da disciplina constitucional e legislativa.....</b>	<b>105</b>
<b>4.4 A liberdade de iniciativa e a livre concorrência.....</b>	<b>109</b>
4.4.1 As falhas de mercado.....	111
<b>4.5 Regulação tradicional X defesa da concorrência.....</b>	<b>114</b>
<b>4.6 O Direito concorrencial na Constituição.....</b>	<b>119</b>
4.6.1 As influências estrangeiras no sistema antitruste brasileiro.....	119
4.6.1.1 Objetivos da legislação antitruste: adoção do modelo concorrência-meio.....	120
4.6.2 Análise do § 4º, artigo 173 da CF/88.....	122
4.6.2.1 Considerações iniciais sobre poder econômico.....	124
4.6.2.2 A gênero “abuso de posição dominante” e as espécies “dominação de mercado”, “eliminação da concorrência” e “aumento arbitrário dos lucros”.....	125
4.6.2.3 Acordos econômicos e concentrações econômicas: breves linhas e pontuações sobre a Lei n.º 12.529/11.....	129
4.6.2.4 A questão da dominação dos mercados: definição de mercado relevante.....	132
 <b>CAPÍTULO 5 O ESTADO SOBREPUJADO PELA ORDEM CONCORRENCIAL.....</b>	 <b>134</b>
 5.1 Intervenção concorrencial e sancionatória: reflexões sobre a intenção do legislador constituinte no artigo 173 da CF.....	 134
5.2 O panorama atual da intervenção concorrencial: privatização e submissão às normas concorrenciais.....	139
5.3 O panorama atual da intervenção sancionatória: o Estado garante da ordem concorrencial em tempos de globalização.....	144
5.4 O Estado sobrepujado pela concorrência em tempos de globalização: o movimento pendular do intervencionismo estatal.....	148
 CONCLUSÃO.....	 153
REFERÊNCIAS.....	155
DOCUMENTOS CONSULTADOS.....	169

## INTRODUÇÃO

A ordem econômica brasileira possui como escopo assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, o que não contradiz a adoção do regime capitalista.

A constatação é infirmada pela adoção de mecanismos específicos como a defesa do consumidor, a busca do pleno emprego, o tratamento privilegiado para empresas de pequeno porte, assim como pela consagração dos princípios da propriedade privada e da função social da propriedade.

Uma das temáticas de central importância tratadas pela ordem econômica é a intervenção do Estado no domínio econômico, pertencente primariamente aos particulares, aos agentes econômicos.

Ao conjunto de dispositivos constitucionais que disciplinam juridicamente a economia, dá-se a qualificação de constituição econômica, dotada de previsões com formas diversificadas de atuação estatal na ordem econômica.

O tema analisado se insere na previsão do Estado enquanto agente direto da atividade econômica, e como agente sancionador dos abusos contra ela praticados. Tais modalidades interventivas estão previstas no mesmo dispositivo constitucional, o que conduz à sua análise com atenção especial ao contido no artigo 173, *caput* e § 4º da CF/88.

O Estado é autorizado a intervir na ordem econômica como agente direto, ou seja, explorar diretamente a atividade econômica por meio de empresas estatais e subsidiárias, somente quando necessário aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, na forma da lei.

A redação do *caput* do artigo 173 suscita diversas questões relevantes, como a necessidade de conceituar atividade econômica, e averiguar a amplitude da interpretação que cerca os conceitos indeterminados de “segurança nacional” e “relevante interesse coletivo”. Isso sem mencionar que o legislador constituinte determina a edição de lei para disciplinar as questões atinentes às empresas estatais, a qual até hoje não foi promulgada, não obstante os esforços legislativos nesse sentido.

Visando tutelar o livre mercado e proteger a livre concorrência contra a concentração capitalista abusiva, a Constituição Federal prevê a edição de lei que reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário de lucros (§ 4º, artigo 173 da Constituição Federal).

A previsão trata da intervenção do Estado como agente sancionador dos abusos praticados contra a ordem econômica.

O livre mercado e a livre concorrência são protegidos pela legislação infraconstitucional por meio: da responsabilização penal, em especial diante da previsão do artigo 195 da Lei n.º 9.279/96 (crime de concorrência desleal) e artigos 4º e 7º da Lei n.º 8.137/90, que tipificam os crimes contra a ordem econômica e relações de consumo; da responsabilização civil, por meio da fórmula genérica contida no artigo 187 do Código Civil, e por meio da responsabilização administrativa, disciplinada pela Lei n.º 12.529/11.

Para os fins pretendidos para o presente trabalho, a análise do Estado como agente sancionador dos abusos praticados contra a ordem econômica será centralizada em aspectos específicos da Lei n.º 12.529/11, apenas e na medida que auxiliem a esclarecer a disciplina contida no § 4º, artigo 174 da Constituição Federal de 1988.

Previamente à análise de tais modalidades interventivas, necessário compreender a própria ordem econômica brasileira, que consagra um sistema dual no qual o Estado atua excepcionalmente no mercado ao lado dos agentes econômicos.

Como todo sistema criado pelo ser humano, o sistema dual/de capitalismo misto apresenta falhas, pelo que o ordenamento jurídico se socorre dos diversos princípios informadores de uma ordem econômica optante pelo sistema capitalista.

Negar a consagração da ideologia capitalista na Constituição Federal importa em classificá-la como uma constituição estatutária, que se limita a afirmar as normas que tratam da ordem econômica.

Na época globalizante vivenciada, um ordenamento jurídico não necessita de uma constituição estatutária, mas de uma constituição diretiva, que prevê programas e diretrizes a serem implementadas pelo Estado e pela sociedade.

A premissa é mais verdadeira em se tratando da ordem econômica, pela qual são previstas as modalidades interventivas e efetivamente aplicadas as políticas econômicas que moldam a realidade econômico-social.

É a Constituição econômica diretiva<sup>1</sup> que efetivamente absorve a dinamicidade da realidade vivida em tempos globalizantes e neoliberais, permitindo a perseguição da concretização de um Estado contemporâneo e atento às necessidades reais da sociedade.

Portanto, diga-se, de antemão, que a ideologia capitalista foi eleita pelo constituinte originário como forma de consagrar uma constituição diretiva, preocupada em direcionar os rumos da sociedade, sem descuidar, obviamente, dos fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil.

Admitir a neutralidade da Constituição econômica equivale a dizer que esta simplesmente retrata a realidade econômica equivalente à época em que ela foi elaborada, o que em termos de efetividade não significa nada, posto que as mudanças de panorama político, econômico e social ocorrem em velocidade absolutamente desproporcional à capacidade do legislador captá-las e transportá-las para o mundo jurídico.

Partindo dessa premissa, o trabalho objetiva tratar de alguns aspectos da ideologia capitalista<sup>2</sup> e da intervenção estatal nos modelos de estado liberal, regulador e neoliberal.

A associação entre a ideologia capitalista e a intervenção estatal exige não só um breve resumo do papel ocupado pelo Estado em momentos diversos, como também o esclarecimento do termo ideologia.

Requer, sobretudo, uma breve incursão acerca dos rumos que o Estado moderno deve assumir: “o Estado contemporâneo há de assumir concomitantemente a posição de agente transformador e paciente transformado, revela-se extremamente difícil identificar um modelo estatal específico e unificador”. (OLIVEIRA, 2005, p. 148)

---

<sup>1</sup> Que a nossa Constituição de 1988 é uma Constituição dirigente, isso é inquestionável. O conjunto de diretrizes, programas e fins que enuncia, a serem pelo Estado e pela sociedade realizados, a ela confere a caráter de plano global normativo, do Estado e da sociedade.

<sup>2</sup> Por certo que não se trata da adoção pura de tal modalidade, o que será objeto de análise pormenorizada oportunamente.

Após a já anunciada análise da intervenção do Estado como agente direto no domínio econômico, e como agente sancionador dos abusos praticados contra a ordem econômica, o trabalho pretende investigar o motivo pelo qual essas duas espécies interventivas foram colocadas no mesmo artigo, e como tais modalidades se inserem no contexto globalizado vivenciado.

A adequada compreensão dos modelos de Estado, responsáveis por moldar os rumos da sociedade, aliada às referências históricas e as breves análises conceitual e constitucional sobre os aspectos centrais da ordem econômica brasileira, possibilitam avaliar a importância da presença da intervenção concorrencial e sancionatória, bem como eventual necessidade de sua readequação.

## CAPÍTULO 1 IDEOLOGIA CAPITALISTA E INTERVENCIONISMO ESTATAL

### 1.1 Mercado, Estado e ideologia – premissas introdutórias

Na clássica definição de Natalino Irti (2003, p. V), o mercado constitui *locus artificialis* na medida que deriva de uma técnica de Direito que confere forma à economia de acordo com as decisões políticas.

A definição torna inarredável a conclusão de que o debate da relação entre o mercado<sup>3</sup> e o Estado envolve questões jurídicas, políticas e econômicas. A necessidade jurídica de organizar tais relações é refletida na intervenção estatal no domínio econômico.

No presente trabalho, o foco de investigação reside na análise de duas modalidades de intervenção previstas na Constituição Federal de 1988: a intervenção direta do Estado enquanto agente econômico e no papel de agente sancionador dos abusos praticados contra a ordem econômica.

Se o mercado é uma das formas pelas quais se desenvolve a economia, cumprindo ao Direito o papel de legitimar a liberdade que aquele necessita para se desenvolver, as formas de intervenção estatal acabam por revelar a dialética entre o mercado e o Estado. Este último, enquanto sujeito da relação jurídica correspondente, pode assumir a posição política de atuar ou de se abster de atuar no domínio econômico.

A tendência liberal pura, que se focaliza na abstenção do Estado de intervir do domínio econômico, e a tendência intervencionista, que se identifica juridicamente com o direito de intervenção estatal, comportam graduações diversas e representam dois momentos da ideologia capitalista.

São tais graduações, representativas das nuances do diálogo entre mercado e Estado, que justificam o direito econômico enquanto conjunto de normas que

---

<sup>3</sup> O trabalho adota a concepção de mercado como instituição: “visto como o centro das atividades econômicas, isto é, o centro de interação espontânea entre produtores e consumidores (entre oferta e demanda), a partir da qual surge um determinado sistema de preços – e um determinado conjunto de regras – que irá orientar a economia no sentido do aumento ou redução da produção e, consequentemente, disciplinará vários outros aspectos das relações sociais” (NESTER, 2006, p. 22). Para outras definições de mercado: FERRARESE, Maria Rosaria. **Diritto e Mercato: Il Caso degli Stati Uniti**. Torino: G. Giapechelli, 1992.

regulam a política econômica<sup>4</sup>, envolvendo questões que extrapolam o âmbito jurídico.

Sem reduzir o direito econômico ao direito das intervenções estatais, mesmo porque a política econômica não necessariamente se traduz no intervencionismo estatal<sup>5</sup>, exsurge a intervenção estatal como chave para compreender a relação entre o mercado e o Estado, partindo-se do entendimento de que se está diante de um ramo autônomo e *sui generis*:

Trata-se, no entanto, de um ramo *sui generis*, ou seja, tem uma particularidade toda dele, que deriva do fato de as suas normas, em grande número de casos, estarem inseridas formalmente em outros ramos jurídicos, marcando-os, porém com o seu caráter específico de normas instrumentais de política econômica. (...) Tanto essa característica das normas de Direito Econômico é importante e saliente que um autor italiano, Finzi, o vê sinteticamente como “*um taglio trasversale sull’albero Del Diritto*”, isto é, um corte transversal na árvore do Direito, como que se seccionando os seus vários ramos para matizá-los com um colorido diverso, uma marca especial que antes não ostentavam. Ele é, assim, um ramo intromissor com relação aos demais, mas não estranho à arvore, porque diretamente do tronco constitucional, precisamente da chamada constituição econômica, acima referida. Um outro autor, este francês, Jeantet, usa uma imagem análoga, vendo as suas manifestações de permeio a todo o ordenamento jurídico como algo semelhante às correntes marítimas no meio do oceano. **É, em suma, um direito de sobreposição ou de interposição, por se sobrepor a outros ramos jurídicos na regulação de determinadas relações sociais.** (NUSDEO, 2010, P.209, grifo nosso)

Considerando, ainda, que o Direito Econômico se caracteriza pelo conteúdo<sup>6</sup> de suas normas, deve ser previamente investigado se e como a parte desse conteúdo que constitui objeto de pesquisa perpassa pela ideologia capitalista.

<sup>4</sup> Definição adotada por: Eros Grau (**A ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2008); Washington Peluso Albino de Souza (**Direito Econômico**. São Paulo, Saraiva, 1980); Celso Ribeiro Bastos (**Direito Econômico Brasileiro**. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2000); Américo Luis Martins da Silva (**A Ordem Constitucional Econômica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003); Vicente Bagnoli (**Direito Econômico**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008); Fernando Herren Aguillar (**Direito Econômico: do direito nacional ao direito supranacional**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012).

<sup>5</sup> O liberalismo, defendendo o ponto de vista da não-intervenção, nem por isso deixa de constituir, também, uma posição em termos de política econômica (SOUZA, 1980, p. 15).

<sup>6</sup> A indagação se o direito econômico constitui um novo ramo ou é apenas uma maneira de encarar o problema do direito em função da economia sempre gerou controvérsias. Na busca de resposta ao questionamento, André de Laubadère concebeu o direito econômico como o direito aplicável a todas as matérias que entram na noção de economia, congregando todas as partes do direito público e privado que digam respeito à economia. Compreendeu a disciplina como ramo do Direito, caracterizada por seu objeto, e não pelo conteúdo de suas normas. Prevalece, no entanto, a corrente que sustenta que o direito econômico se caracteriza pelo conteúdo de suas normas. (SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Direito Econômico**. São Paulo, Saraiva, 1980, p. 98; AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito Econômico: do direito nacional ao direito supranacional**.



Nas palavras de Herren Aguillar (2012, p. 30), o direito econômico é: “o termômetro sensível da organização capitalista da economia, cujas oscilações se refletem sobre o conteúdo da disciplina, e, por vezes, sobre sua forma”.

Cumpre, dessa forma, averiguar como a ideologia capitalista vincula o legislador brasileiro, a fim de permitir, em última análise, uma correta interpretação das previsões insertas no artigo 173, *caput* e § 4º da Constituição Federal.

O viés jurídico é inserido conjuntamente com o viés político nessa primeira parte do trabalho, como premissa necessária à análise propriamente jurídica do tema.

As incursões sobre mercado, Estado e ideologia capitalista, por óbvio, não pretendem exaurir as temáticas, suficientemente complexas por natureza.

Também não passa despercebido que o vocábulo “ideologia” pode se transformar em um problema conceitual, pois: “encontrar um denominador comum para os usos históricos radicalmente diferentes do termo ou uma lógica de transformação produtora dos seus sucessivos avatares é tarefa notoriamente árdua”. (BAUMAN, 2000, p. 114)

A investigação sobre a origem do termo revela as distorções pelas quais este passou, e permite compreender seu significado atual com maior clareza.

## 1.2 Ideologia, ideologia capitalista e Direito

### 1.2.1 Origens históricas do termo “ideologia”

A origem do termo ideologia remonta ao final do século XVIII, e é atribuída à Destutt de Tracy, fundador e líder do Instituto Nacional Francês, que pretendia realizar o ideal do Iluminismo e fundar um conhecimento científico baseado no estudo das ideias (LOWY, 1985, p. 11):

É um vasto tratado que, hoje em dia, ninguém tem paciência de ler. Para se ter uma ideia do pouco interesse que representa esse livro, basta dizer que, para ele, ideologia é um subcapítulo da zoologia. A ideologia, segundo

Destutt de Tracy, é o estudo científico das idéias e idéias são o resultado da interação entre o organismo vivo e natureza, o meio ambiente. É, portanto, um subcapítulo da zoologia.

Onze anos mais tarde, em 1812, Napoleão Bonaparte utilizou o termo de forma depreciativa, com a finalidade de denunciar como ideólogos os intelectuais liberais do “Institut de France”. Embora os ideólogos tenham conduzido Napoleão ao poder, representavam uma ameaça ao seu absolutismo apoiado pela Igreja em razão das ideias republicanas e antirreligiosas propagadas. (WOLKMER, 2000, p. 100)

A intenção inicial de garantir o domínio da razão sobre o campo de crenças e comportamentos humanos, bem como a conotação de ideologia como deformadora da realidade na forma propagada por Napoleão Bonaparte, se alterou e adquiriu uso político com Karl Marx na obra “A ideologia alemã” (2007), que o associou à concepção de classes sociais:

Através do Estado, a classe dominante monta um aparelho de coerção e de repressão social que lhe permite exercer o poder sobre toda a sociedade fazendo-a submeter-se às regras políticas. O grande instrumento do Estado é o Direito, isto é, o estabelecimento das leis que regulam as relações sociais em proveito dos dominantes. Através do Direito, o Estado aparece como legal, ou seja, como “Estado de Direito”. O papel do Direito ou das leis é o de fazer com a que dominação não seja tida como uma violência, mas como algo legal, e por ser legal e não violenta deve ser aceita. A lei é Direito para o dominante e dever para o dominado. Ora, se o Estado e o Direito fossem percebidos nessa sua realidade real, isto é, como instrumentos para o exercício consentido de violência, evidentemente que ambos não seriam respeitados e os dominados se revoltariam. A função da ideologia consiste em impedir essa revolta fazendo com que o legal apareça para os homens como legítimo, isto é, como justo e bom. Assim, **a ideologia substitui a realidade do Estado pela idéia do Estado – ou seja, a dominação de uma classe e substituída pela ideia de interesse geral encarnado pelo Estado. E substitui a realidade do Direito pela idéia do Direito, ou seja, a dominação de uma classe por meio das leis é substituída pela representação ou idéias dessas leis como legítimas, justas, boas e válidas para todos.** (CHAUI, 1994, p. 90-91, grifo nosso)

Para Karl Marx: “ideologia é conceito pejorativo, um conceito crítico que implica ilusão, ou se refere à consciência deformada da realidade que se dá através da ideologia dominante: as ideias das classes dominantes são as ideologias dominantes na sociedade”. (LOWY, 1985, p. 12)

A palavra ideologia muda de sentido conforme é abordada por diferentes correntes intelectuais, e até mesmo dentro da mesma corrente, a exemplo do que

ocorre no marxismo entre Marx e Lênin, para o qual o termo deixa de ter um sentido crítico e negativo, passando a designar qualquer doutrina sobre a realidade social que tenha vínculo com uma posição de classe<sup>7</sup>. (LOWY, 1985, p. 13)

Bauman (2000, p. 18, 120) expõe que o termo ressurgiu no final de década de 1920, após prolongada ausência no debate filosófico, passando: “do domínio do “conhecimento” para o terreno inferior das “crenças”, como uma maneira de lidar com o fim dos ideais iluministas e oferecer legitimação para o novo papel reivindicado pela elite esclarecida: “o novo conceito de ideologia adequado a essa dupla função foi criado por Karl Mannheim”.

De acordo com Wolkmer (2000, p. 105), para Mannheim a ideologia e a utopia são duas formas de um mesmo fenômeno. Enquanto a utopia constituiu a forma de pensamento que corresponde aos interesses das classes oprimidas e dotadas da capacidade de transformação social, a ideologia corresponderia à forma de interesse das classes dominantes que propagam a conservação da organização social:

A concepção particular de ideologia realiza suas análises de idéias em um nível puramente psicológico (...). Com a concepção total da ideologia, a questão é diferente. Quando a uma época histórica atribuímos um mundo intelectual e a nos mesmos atribuímos outro, ou quando um certo estrato social, historicamente determinado, pensa com categorias diferentes das nossas, não nos estamos a casos isolados de conteúdo de pensamento, mas a modos de experiência e interpretação amplamente diferentes e a sistemas de pensamento fundamentalmente divergentes. Atingimos a um nível teórico ou noológico sempre que consideramos não apenas o conteúdo, mas igualmente a forma, e, mesmo, a estrutura conceptual de um modo de pensamento (...). São estas as duas formas de analisar as afirmações como funções de sua base social: a primeira opera apenas no nível psicológico, a segunda, no nível noológico. (MANNHEIM, 1968, p.83)

O conceito de Mannheim também estava imerso no discurso de poder pós-iluminista, cuja ruptura adveio somente com o conceito positivo de ideologia, fundado na analogia linguística: “assim como a existência de uma infinidade de línguas não constituiu um defeito da condição humana, ...também a pluralidade de ideologias... é uma característica do mundo humano”. (BAUMAN, 2000, p. 123)

---

<sup>7</sup> Para maior aprofundamento: MARX, Karl; FRIEDRICH, Engels. Tradução de: Luis Claudio de Castro e Costa. **A ideologia alemã**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007; LÖWY, Michael. **As aventuras de Karl Marx contra o Barão de Munchhausen**. 5. ed. São Paulo, Cortez Editora, 1994; ALTHUSSER, Louis. **Aparelhos Ideológicos de Estado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1985; THOMPSON, John. **Ideologia e Cultura Moderna**. Petrópolis: Editora Vozes, 1995.

Tem-se, portanto, ao lado do significado negativo de ideologia, entendido como falsa consciência das relações de domínio entre as classes, e na qual se encaixam os conceitos de Marx e de Mannheim, o conceito positivo de ideologia, consubstanciado em um sistema de ideias relacionado com a ação e ordenação de crenças.

A ideologia positiva seria constituída de molduras cognitivas que funcionam como uma “peneira”, diminuindo ou interrompendo o fluxo de sensações e mantendo: “a percepção padronizada e estruturada da realidade vivida em meio à velocidade crescente da informação, que ameaça explodir todas as estruturas e aniquilar todos os significados”. (BAUMAN, 2000, p. 123)

A experiência coletiva que se reflete nesse tipo de ideologia pode ser compreendido por meio da globalização, que significa, entre outras coisas<sup>8</sup>, a progressiva separação entre poder e política. Enquanto o espaço geográfico continua sendo a casa da política, o ciberespaço se torna o a casa do capital, leia-se poder, que se tornou, portanto, extraterritorial e não mais submetido às fronteiras do Estado:

Os parâmetros mais decisivos da condição humana são agora forjados em áreas que as instituições do Estado-nação não podem alcançar. Os poderes que presidem a preservação e mudança dessas condições são cada vez mais globalizados, enquanto os instrumentos de controle e influência do cidadão, por mais poderosos que sejam, continuam limitados ao nível local. A globalização do capital, das finanças e da informação significa antes e acima de tudo sua fuga ao controle e administração locais e, principalmente, do Estado-nação. No espaço em que operam não há instituições remanescentes dos mecanismos que o Estado republicano desenvolveu para a participação da ação política eficiente do cidadão. (BAUMAN, 2000, p. 172)

Como a globalização promove o crescente afastamento entre o capital e a política, aquele se torna livre das rédeas e restrições locais, tornando a “apoteose mercadológica neoliberal o equivalente atual das grandes ideologias de antigamente”. (BAUMAN, 2000, p. 131)

---

<sup>8</sup> Para outros significados consultar: BAUMANN, Renato. Uma visão econômica da globalização. In: BAUMANN, Renato. **Internacionalização das empresas brasileiras**. Rio de Janeiro: Campus, 1996; CASTRO, Claudio Henrique de. **A globalização: definição, efeitos e possibilidades no direito**. Curitiba: I. Scherer, 2001; SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal**. Rio de Janeiro: Record, 2006; NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Defesa da Concorrência e Globalização Econômica: o Controle da Concentração de Empresas**. São Paulo: Malheiros, 2002; GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p.55-59.

A atualização no conceito de ideologia culminou na sua concepção positiva, que alberga pontuações a respeito do funcionamento da modernidade. O conceito, mesmo sujeito a mutações, sobrevive até hoje, revelando que até mesmo a proclamação de seu fim é uma forma de ideologia.

Prever “o fim da ideologia” ou atribuir uma conotação apenas negativa a toda ideologia sempre foi algo totalmente irrealista e continuará sendo por um longo período histórico. É inconcebível que as ideologias “murchem” por si – e, muito menos, que sejam ficticiamente superadas no âmbito fechado de construções teóricas pseudocientíficas – enquanto existirem conflitos sociais importantes com os quais estão inextricavelmente ligadas. Na verdade, proclamar o fim de ideologia é em si uma ideologia característica. (MÉSZÁROS, 2004, p. 109)

Desde a noção de ideologia como ciência das ideias, passando por sua utilização no conceito negativo associado à luta de classes, chegando ao conceito positivo que a encara como uma moldura que daria sentido aos fragmentos da experiência humana, se evidencia a complexidade do fenômeno ideológico, não apenas como: “um fenômeno simbólico das representações ético-culturais reais e imagináveis, como também da própria racionalização e legitimação de uma estrutura socioeconômica que predomina em determinado momento histórico-político”. (WOLKMER, 2003, p. 109)

A ideologia capitalista apresenta momentos diversos que alteraram seus paradigmas de acordo com o modelo de Estado vigente em determinada conjuntura político-econômica. Destarte, sua adequada compreensão somente será possível com o desenvolvimento do raciocínio trilhado ao longo desse primeiro capítulo.

Certo, no entanto, que pode ser enfocada no sentido negativo do termo, a envolver o eterno dilema de uma classe dominante e uma classe dominada, ou no conceito positivo, que se relaciona com a tendência neoliberal e com a globalização.

### 1.2.2 Breves pontuações sobre a ideologia capitalista

A ideologia capitalista<sup>9</sup>, ou o sistema capitalista global, na linguagem de Georges Soros (1998, p. 152), é comparável a um império de alcance global:

<sup>9</sup> Para José Avelãs Nunes (1972, p. 97), as características essências do capitalismo se traduziriam na propriedade privada dos meios de produção e no recurso ao trabalho assalariado (o que permitiria aos donos do capital a obtenção de rendimento sem trabalho), cabendo à iniciativa da produção a empresas que se propõem à obtenção de lucros. No mesmo sentido, Pinto Ferreira (1994, p. 138)

Ele governa toda a civilização e, como em qualquer outro império, os que estão além de suas fronteiras são considerados bárbaros. Não é um império territorial, pois lhe falta a soberania e os adereços da soberania; na realidade, a soberania dos Estados que pertencem a ele é a principal limitação ao seu poder e à sua influência. É quase invisível, pois não dispõe de nenhuma estrutura formal. A maioria de seus súditos nem sabem dessa sujeição; de um modo mais correto, reconhecem que estão sujeitos a forças impessoais e, às vezes, destrutivas, mas não compreendem quais são essas forças.

A analogia com o império se justifica porque o sistema capitalista global de fato governa os que nele se enquadram e a opção de não participar é difícil. Além disso, como em qualquer império, há um centro e uma periferia, e o centro se beneficia à custa da periferia.

As tendências imperialistas do sistema capitalista global têm forte propensão à expansão, esta não relacionada com o crescimento geográfico, mas à influência sobre a vida das pessoas. (SOROS, 1998, p. 152)

Essa tendência imperialista do capitalismo ao influenciar a vida das pessoas é explorada por John Kenneth Galbraith. No livro “A economia das fraudes inocentes” (2004, p. 11), pontua que crenças pessoais se tornam normas sociais que atuam como instrumentos de otimização individual e coletivo, criador de um ambiente legitimador da cultura de mercado dentro do qual o próprio Estado acaba sendo tratado pelos cidadãos como um “fornecedor” no que tange às políticas públicas e prestações essenciais, e pelas grandes empresas como “sócio” no que tange às políticas de governo propriamente ditas.

Como o termo “capitalismo” evoca uma história amarga e estaria desgastado, fala-se em “sistema de mercado” (2004, p. 21), no qual a realidade baseada em crenças pessoais e sociais decorrentes da teologia de consumo atua como molde dos rumos do Estado.

Ocorre que a teologia de consumo que pauta a ideologia capitalista exige investimentos que não fazem parte dessa mesma teologia, tais como uma boa infraestrutura física, como estradas, aeroportos, água, esgotos, eletricidade etc., e uma boa infraestrutura social (segurança pública, oportunidades de ensino, pesquisa e desenvolvimento). (THUROW, 1997, p. 386)

Em grande medida, as contradições internas do regime capitalista têm sido resolvidas por intermédio da utilização do setor público estatal para investimentos de infraestrutura, pesquisa, desenvolvimento e ensino (THUROW, 1997, p. 387).

---

conceitua o capitalismo como: “um modelo econômico em que a atividade produtiva obedece aos princípios da propriedade privada, da concorrência e do lucro, provocando a repartição da sociedade em classes e fundamentando-se numa tecnologia de base científica e racionalizada”.

Isso levou alguns autores<sup>10</sup> a desenvolverem teorias que enxergam um novo papel para o Estado contemporâneo. Seria ele um agente financiador e fomentador de atividades que tenham por fim gerar a transformação social (OLIVEIRA, 2005, p. 151) dentro de uma sociedade de consumo/ideologia capitalista.

Pautam seu raciocínio na possibilidade de harmonização do crescimento econômico com o desenvolvimento humano, o que possibilitaria a construção de uma economia e de uma sociedade fortes (OLIVEIRA, 2005, p. 152).

Uma dessas construções teóricas seria a denominada “terceira via”, vista como um modelo econômico no qual o Estado e os particulares atuariam conjuntamente:

ao passo que a velha esquerda se concentrava na política industrial e na economia keynesiana, e a nova direita dirige seu olhar à desregulamentação e às liberdades do mercado, a terceira via precisa seguir um conjunto diferente de prioridades – educação, empreendedorismo e recompensas pelo esforço. (OLIVEIRA, 2005, p.55)

Anthony Giddens (2007, p. 60), um dos idealizadores da denominada “terceira via”, sustenta que o movimento defendido não se preocupa com a escala de intervenção econômica do governo, mas sim com a maneira como ela é dirigida: “na nova economia isso significa um enfoque maior em intervenções internacionais e locais, com redução nas antigas ferramentas de formulação de políticas nacionais.”

A relação entre a ideologia capitalista, o papel do Estado contemporâneo e intervenção estatal será mais bem explorado na última parte do capítulo. Por hora, suficiente frisar o relevante papel do Estado e das políticas intervencionistas na manutenção da ideologia capitalista, tanto que estudiosos de ciência política e da sociologia buscam respostas para acomodar um melhor papel do Estado no panorama político e social atual.

---

<sup>10</sup>Gustavo Henrique Justino de Almeida menciona três importantes construções teóricas: o Estado financiador de Gaspar Arinõ Ortiz, o Estado do Investimento Social de Anthony Giddens, e a concepção desenvolvimentista de Estado de Amartya Sen. Para aprofundamento: ARINÕ ORTIZ, Gaspar. **Princípios de Derecho Público Económico: Modelos de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica**. Granada: Comares, 1999; GIDDENS, Anthony. **A Terceira Via: reflexões sobre o impacto político atual e o futuro da social-democracia**. Tradução de: BORGES, Maria Luiza X.. Rio de Janeiro: Record, 2005. Original em inglês; SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

### 1.2.3 Sistemas econômicos e ideologia capitalista na CF/88

Wagner Nester (2006, p. 27), após realizar a distinção entre os sistemas econômicos<sup>11</sup> baseados na tradição - para os quais a atividade econômica não representa papel central, pois as decisões econômicas são tomadas com base na reiteração de padrões comportamentais - na autoridade – no qual as decisões econômicas são tomadas pelo detentor do poder político (Estado) - e na autonomia, caracterizado pela separação das decisões políticas<sup>12</sup> e das decisões econômicas, pontua que: “nenhum dos modelos acima descritos foi efetivamente implementado na prática: não há (nunca houve) sistema baseado na autoridade sem mercado, assim como não há mercado sem alguma, mesmo que mínima, intervenção estatal.”

O sistema capitalista é a realidade presente na maioria dos Estados modernos (NESTER, 2006, p. 27), e tanto a maior quanto a menor intervenção estatal, aqui tomada em sentido amplo que alberga os papéis do Estado como orientador, direcionador, repressor e como agente direto no domínio econômico, vêm impregnada de elementos ideológicos capitalistas, não só resolvendo as contradições internas do próprio capitalismo, mas também fornecendo a estrutura legitimadora da “mão invisível”. (MÉSZÁROS, 2004, p. 500)

A ideologia capitalista se utiliza do instrumental proporcionado pelo Direito, elegendo valores e criando instituições em busca de um equilíbrio estratégico que defina o papel correto que deve ser atribuído ao Estado moderno.

No que tange à ideologia capitalista, a opção por tal sistema é expressa na ordem econômica<sup>13</sup> brasileira (GRAU, 2008, p. 348):

A constituição vigente é resultado da ideologia de sua época, de forma instituir o sistema econômico nacional com base em uma economia descentralizada... o papel do mercado volta a representar importante controle da atividade econômica”. (DEL MASSO, 2007, p. 42)

---

<sup>11</sup>Sobre sistemas econômicos consultar: NUSDEO, Fabio. **Curso de Economia: Introdução do Direito Econômico**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

<sup>13</sup>A expressão ordem econômica possui diferentes significações, como será explicitado no próximo capítulo. Nessa primeira parte adota-se o conceito de ordem econômica como modo de ser de uma determinada economia concreta: “A ordem econômica é constituída de princípios econômicos segundo valores da disciplina econômica que, em harmonia, apresentam uma concepção teórica do modelo econômico (sistema econômico) ou a realidade do modelo econômico (regime econômico).” (BAGNOLI, 2008, p.22)



Não é objeto de investigação o “por que” dessa opção, sendo suficiente frisar que a vantagem pela ideologia capitalista reside no fato de que atualmente nenhum outro sistema social possui um concorrente ativo: “a ideologia do socialismo não conseguiu substituir os bens do capitalismo”. (THUROW, 1997, p. 403)

Como um fenômeno permanente, a ideologia pode ser invocada em qualquer ramo científico, inclusive no Direito, que na qualidade de estrutura jurídica elege determinados valores, e, ao elegê-los, por óbvio, os fixa dentro da prática normativa.

#### 1.2.4 A ideologia na ordem econômica brasileira na visão de Washington Peluso Albino de Souza

Enquanto ciência, o direito econômico não se compromete com nenhuma ideologia específica. Inegável, no entanto, que a Constituição cristaliza a ideologia dominante do sistema econômico do Estado, leia-se, a ideologia capitalista.

Washington Peluso Albino de Souza condiciona o Direito Positivo à ideologia constitucionalmente adotada, mas vincula o termo ideologia ao conjunto harmônico de princípios que vão inspirar a organização da vida social<sup>14</sup>.

O doutrinador afasta do conceito as ideologias habitualmente catalogadas com referência a regimes políticos, deixando de lado de sua investigação se determinado princípio inserido no texto constitucional é característico do capitalismo, do socialismo ou de outra ideologia política.

De acordo com sua visão, princípios contraditórios em termos de ideologias puras podem conviver de forma harmônica por intermédio das medidas de política econômica adotadas. Dessa forma, o Direito Econômico não estaria focado nas contradições entre os princípios, mas sim nos seus pontos de funcionalidade. (SOUZA, 1980, p. 33)

Traça um raciocínio eminentemente jurídico, embora comprometido com aspectos políticos, atribuindo uma noção positivista ao termo ideologia. Conclui que ao Direito Positivo interessa tão somente, como ideologia, o que está

---

<sup>14</sup>Inclusive inserindo a ideia de ideologia enquanto conjunto de princípios na conceituação do Direito Econômico, para qual este: “é o ramo do Direito, composto por um conjunto de normas de conteúdo econômico e que tem por objeto regulamentar as medidas de política econômica referentes às relações e interesses individuais e coletivos, harmonizando-as – pelo princípio da economicidade – com a ideologia adotada na ordem jurídica”. (SOUZA, 1980, p. 03)

constitucionalmente consignado. As ideologias definidas em modelos abstratos serviriam apenas para auxiliar na resolução de contradições teóricas. Em síntese, os princípios ideológicos viram sinônimo de disposições constitucionais. (SOUZA, 1980, p. 52)

Não sem razão a expressão “princípios ideológicos” carrega uma carga que não se subsume ao mundo jurídico apenas. Não há como reduzi-la à ótica positivista dentro de um ramo do Direito que não envolve apenas aspectos jurídicos, mas, sobretudo, aspectos dinâmicos na medida em que exigem a adoção de políticas públicas.

A mesma conclusão é alcançada em virtude da significação do termo ideologia, seja no sentido negativo ou positivo, sempre que se faz presente a ideia de crenças e símbolos que envolvem os aspectos da realidade social: “uma ideologia envolve valores, não importa os objetivos “científicos” que tenha”. (GOLOB, 1958, p. 65)

Como as oscilações da organização capitalista se refletem sobre o conteúdo e a própria forma do direito econômico, resta assentada a referência à ideologia capitalista como ponto de partida para a análise da intervenção estatal no domínio econômico.

E ainda que Washington Peluso Albino de Souza rejeite a referência a regimes políticos, acaba por deslocar a carga ideológica capitalista para o denominado “princípio da economicidade”<sup>15</sup>, presente no conceito do direito econômico. Prova disso é a própria conceituação que o autor fornece à “economicidade”:

em termos das “atitudes de valoração” que permitem assumir as mais diversas espécies de “valores”: **a) sejam os “valores políticos”, de base na ideologia capitalista, que a contagiam com a ideia de “lucro”, individual ou privado;** b) sejam os das ideologias associativistas, distributivistas, socialistas ou socializantes, com o chamado “lucro social”;

<sup>15</sup> Abre-se breve parêntese para expor que Modesto Carvalhosa (1973, p. 350) também se utiliza da “economicidade” para definir o direito econômico, vinculando o termo à ideia de lucro: “a economicidade é o instrumento de eficácia da norma, permitindo que esta, concretamente, condicione o econômico a determinado modo de ser jurídico.... a razão disto está em que as regras de Direito Econômico visam, notadamente, a eficiência do processo econômico global, onde operam as duas espécies de agentes. Embora as entidades econômicas públicas tenham como objetivo último o lucro social, o meio de sua obtenção é o lucro negocial; daí os critérios de economicidade servirem também a estas, a fim de que preencham a sua magna função no processo de desenvolvimento nacional”.

c) seja por outros tipos de “valores”, como os “estéticos”, “religiosos”, “éticos”, “jurídicos”, e assim por diante (SOUZA, 2003, p.29, grifo nosso).

A ideologia não funciona apenas como um conjunto de princípios jurídicos<sup>16</sup> constitucionalmente adotados. A ideologia capitalista, longe de pretender expressar um modelo puro de regime político, dada sua complexidade fenomenológica, é uma realidade inerente ao próprio sistema.

Ademais, a análise da interferência estatal pautada no capitalismo retira a neutralidade da concepção jurídica do direito econômico e auxilia a compreender o papel das instituições do Estado atual e futuro, considerando que os elementos que constituem e definem a política são instituições e ideologias, ou seja: “os elementos estruturais para a implementação de ações políticas (instituições) e as ideias motoras corporificadas em políticas econômicas para a consecução de seu objetivo (ideologias)”. (BAGNOLI, 2008, p.24-25)

Resumindo o raciocínio elaborado até esse ponto, tem-se que: o direito econômico é o direito das políticas públicas na economia; as políticas públicas, por sua vez, afetam o funcionamento do mercado por meio das ferramentas disponibilizadas pelo Direito; a ideologia capitalista é a ideia motora corporificada na Constituição Federal de 1988, revelando que a tensão entre o mercado e o Estado é contínua<sup>17</sup>; a estrutura legitimadora de mercado é fornecida pelo Estado por meio de políticas públicas cujas fronteiras e limites são determinados por intermédio das variadas formas de intervenção estatal no domínio econômico.

Mas seria possível aos governos controlar a economia capitalista? A intervenção estatal em sentido amplo seria benéfica ou prejudicial ao bem-estar geral?

<sup>16</sup> Aliás, é por esse mesmo motivo que o Direito Econômico não pode ser classificado dentro da dicotomia direito público-privado, cuja distinção deve ser considerada como quantitativa e não qualificativa. Ver TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In \_\_\_\_\_. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.1-22.

<sup>17</sup> “O capitalismo é um sistema em que recursos escassos são privadamente apropriados. Entretanto, nesse sistema a propriedade é institucionalmente separada da autoridade. Em decorrência disso, existem dois mecanismos mediante os quais os recursos são alocados para usos diversos e distribuídos para os consumidores: o mercado e o Estado. No mercado, recursos produtivos (capital, terra e capacidade de trabalho) são alocados por seus proprietários e a distribuição do consumo resulta de interações descentralizadas. O Estado, porém, também pode alocar e distribuir, agindo sobre aqueles mesmos recursos que constituem a propriedade privada. **Portanto, há no capitalismo uma tensão permanente entre o mercado e o Estado**”. (PRZEWORKSKY, 1995, p. 7, grifo nosso)

Partindo desses dois questionamentos, Adam Przeworsky, na obra “Estado e Economia no Capitalismo”, apresenta três perspectivas sobre a relação entre o Estado e o mercado, das quais duas interessam de sobremaneira à temática tratada.

### 1.3 Notas sobre Ideologia capitalista e Estado pela visão de Adam Przeworsky

#### 1.3.1 O “governo do Estado” X o “governo do Capital”

Na perspectiva denominada de “governo do Estado”, os Estados agiriam como entes autônomos que buscam realizar seus próprios objetivos mesmo diante de interesses conflitantes. Os governantes lutariam continuamente para escapar de controles externos e estabelecer seu próprio governo (PRZEWORKSKY, 1995, p. 46):

O conceito de autonomia origina-se de teorias, principalmente de inspiração marxista, que tem a seguinte estrutura: se algumas condições são verificáveis na sociedade civil, especificadamente, se a classe economicamente dominante é capaz de se organizar politicamente e não encontra oponentes igualmente poderosos, então, a classe dominante conquista o Estado e manda diretamente. Se alguma dessas condições é violada, o Estado se torna independente da sociedade. Quando o Estado é instrumental, interesses da classe dominante ditam o que o Estado faz. Quando o Estado é autônomo, suas políticas não refletem sistematicamente os interesses da sociedade. (PRZEWORKSKY, 1995, p. 50)

As origens de tal autonomia estariam embasadas nas teorias da abdicação e na teoria da burguesia fraca.

A teoria da abdicação<sup>18</sup> sustenta que a burguesia teria capacidade e força suficientes para conquistar e efetivamente exercer o poder estatal, mas deixa de fazê-lo porque o custo da luta é muito alto. Essa abdicação ao poder tornaria o Estado autônomo e a sobrevivência da burguesia estaria garantida na dependência que o Estado tem do capital para poder cumprir seus objetivos. (PRZEWORKSKY, 1995, p. 54)

---

<sup>18</sup> Conforme o próprio autor (1995, p. 53), desenvolvida por Marx (MARX, Karl. **The Eighteenth Brumaire of Louis Bonaparte**. Moscou: Progress Publishers, 1934; Wage Labor and Capital. Moscou: Progress Publishers, 1952), e Stevan (STEVAN, Alfred. State Power and the Strength of Civil Society in the Southern Cone of Latin America. In Peter Evans, D. Rueschemeyer e T. Skocpol (orgs.), **Bringing the State Back In**. Cambridge University Press).

Partilhando das conclusões de Przeworsky (1995, p. 55): “a teoria da abdicação/abstenção não é convincente, a menos que os capitalistas tenham boas razões para confiarem que o Estado autônomo protegeria seus interesses”.

Já a teoria da burguesia fraca seria de fácil constatação em países menos desenvolvidos, nos quais a produção organizada de forma capitalista está dividida em ramos setoriais e possui forte dependência com o capital estrangeiro. Conseqüentemente, o Estado se tornaria autônomo pela ausência de burguesia.

A teoria é rebatida porque argumentar que o Estado é autônomo em decorrência da burguesia ser fraca implicaria em supor que ele não seria autônomo se a burguesia fosse forte. (PRZEWORKSKY, 1995, p. 54-55)

Ademais, a noção de autonomia abordada por essa perspectiva se torna por demais abstrata para explicar a relação entre o Estado e o mercado, pois considera aquele isento de quaisquer influências e moldado por uma racionalidade tão *sui generis* que se pode defini-la como etérea.

Na perspectiva denominada de “governo do capital”, as instituições do Estado funcionariam para reproduzir o capitalismo<sup>19</sup>, ou seja, toda política pública constituiria uma tentativa de implementar os objetivos de acumulação e legitimação, que por várias razões não são mais gerados espontaneamente pelas economias capitalistas<sup>20</sup>.

Uma das determinações funcionais do capitalismo, denominada por Claus Offe e Volker Ronge (1984, p. 124) de “acumulação como ponto de referência”, auxilia a compreender a perspectiva do governo do capital:

Como o poder estatal depende do processo de acumulação capitalista, sem ser ele mesmo capaz de organizar este processo, o interesse supremo e mais geral dos detentores do poder do Estado consiste em manter as

<sup>19</sup>Para maior aprofundamento ver: MARX, Karl. **O Capital**. Tradução de: Gabriel Deville. São Paulo: EDIPRO, 1998.

<sup>20</sup>O autor (1995, p. 90) refere seis ameaças principais à acumulação e legitimação: (1) a competição entre as firmas é incapaz de assegurar que todas as atividades necessárias para a produção capitalista continuada sejam espontaneamente realizadas; (2) a taxa de lucro declinou, pelas razões antecipadas por Marx ou por pressões salariais; (3) a economia capitalista não fornece bens públicos suficientes; (4) a população excedente não funciona suficientemente como em exercito industrial de reserva; os salários excedem o nível de subsistência e ameaçam a lucratividade; (5) o sistema capitalista é ameaçado pela organização política de todos aqueles que explora ou oprime; (6) as condições não-econômicas necessárias para a continuada produção e troca capitalista – como educação, padrões familiares, motivações etc. – não são espontaneamente geradas, pelo simples fato de que o sistema econômico é organizado como um sistema econômico capitalista.

condições de exteriorização de seu poder através da constituição de condições políticas que favoreçam esse processo de acumulação.

A estratégia do Estado capitalista consistiria em tomar as medidas e criar as condições para que todos os sujeitos jurídicos introduzam efetivamente nas relações de trabalho a sua propriedade (em bens ou força de trabalho), não visando a proteção de determinado interesse de classes, mas sim no interesse geral de todas as classes. (OFFE; RONGE, 1984, p. 128)

Habermas (2002, p. 49) sustenta que o aparelho do Estado desempenha numerosos imperativos do sistema econômico por intermédio de planejamento global e por meio da criação e melhoramento das condições de utilização do excesso de capital acumulado.

Enquanto o planejamento global manipula as condições de limite das decisões tomadas pelas empresas privadas, corrigindo o mecanismo de mercado, ele de fato substituiu o mercado, criando o melhorando as condições para a realização do capital:

Através “do fortalecimento da capacidade competitiva da nação”, ao organizar blocos econômicos supra-nacionais, assegurando-lhe estratificação internacional, por meios de imperialistas etc.; através de consumo governamental improdutivo (por exemplo, armamentos, exploração espacial); através da condução de acordo com a política estrutural, do fluxo do capital rumo a setores negligenciados por um mercado autônomo; através da melhoria de infra-estrutura material (transporte, educação, saúde, recreação, planejamento urbano e regional, construção imobiliária etc.); através da melhora da infra-estrutura material (promoção geral das ciências, investimentos e pesquisa e desenvolvimento, estabelecimento de patentes etc.); através da elevação da produtividade do trabalho humano (sistema geral de educação, escolas vocacionais, programas para treinamento e reeducação etc.); através do alívio de custos sociais e materiais resultantes da produção privada (compensação de desemprego, previdência social, reparação de danos ecológicos). (HABERMAS, 2002, p. 50)

Pzeworski (1995, p. 99) expõe que o objetivo do capitalismo tardio tratado nas teorias de Offe e Habermas tem como objetivo maximizar a acumulação sem prejudicar a preservação da legitimidade:

Esta é então, a teoria Offe-Habermas do Estado no capitalismo tardio: como o mercado não é uma instituição que se auto-reproduza perpetuamente, em razão de sua vulnerabilidade à monopolização e à desmercantilização, o Estado deve substituir o mercado na função de alocar recursos para usos produtivos e de distribuir renda. A função do Estado é promover

acumulação enquanto mantém a legitimação e toda política pública deve ser vista como um esforço para implementar tais objetivos.

O governo do capital vem estruturado nas teorias marxistas e apregoa que o capitalismo necessita de certas condições – não criadas espontaneamente – para sobreviver. Cabe ao Estado desempenhar tais funções. (PRZEWORSKY, 1995, p. 108)

Conclui Przeworsky (1995, p. 112) que essa teoria encontra um obstáculo insuperável: as intervenções específicas do Estado que permitiriam ao capitalismo sobreviver caem por terra diante da constatação de que não é possível determinar o que é, de fato, necessário para o capitalismo.

### 1.3.2 Análise crítica das perspectivas apresentadas por Adam Przeworsky

A perspectiva denominada “governo do capital” pontua que a relação entre o Estado e o mercado está focada na dependência estrutural do Estado ao capital.

Tal conclusão não importa em considerar que o capitalismo existe porque apoiado por instituições estatais. Importa sim em considerar que o capitalismo atualmente representa as próprias instituições estatais.

O “sistema de mercado”<sup>21</sup>, na linguagem de John Kenneth Galbraith (2004, p. 17), já sobrepujou o próprio Estado e este serve aos propósitos do capital.

Ao tratar da teoria da burguesia fraca, Przeworsky sustentou que sua admissão implicaria em supor que o Estado não seria autônomo se a burguesia fosse forte porque tal condição só é implementada em decorrência da ausência de burguesia.

Nesse ponto reside a ligação intrínseca e inseparável entre as duas perspectivas apresentadas. O que representa a burguesia forte atualmente são as grandes empresas e o setor financeiro, daí decorrendo a conclusão de que o Estado não possui autonomia no sentido apresentado pelo autor. Tratar das teorias da

---

<sup>21</sup> Expôs o autor (2004, p. 18-25) que o termo capitalismo tem uma conotação negativa pois remete tanto ao fim da Primeira Guerra Mundial, na qual ficou latente o poder da propriedade e a submissão de trabalhadores, quanto ao crash da Bolsa em 1929 e a Grande Depressão. Por tratar de questões amargas forjou-se o termo “sistema de mercado” como uma alternativa benigna ao capitalismo, que traz à tona a realidade empresarial de que o produtor tem cada vez mais poder para influenciar e controlar a procura do consumidor.

abdicação e da burguesia fraca sem atentar para a política atual de mercado é tarefa inócua!

Sob ótica diversa, a teoria da abdicação e a teoria da burguesia fraca cedem lugar à teoria da burguesia internacional forte.

O setor financeiro mundial controla o capital fictício e impõe uma política neoliberal que se pauta pela livre circulação dos capitais, objetivando melhorar a economia de todos os Países e permitir uma distribuição mais equilibrada do capital.

António Jose Avelãs Nunes (2012, p.31) traz recente estudo do Instituto Suíço de Tecnologia, no qual foi apurado que um núcleo de 1318 empresas transnacionais possuem participações no capital de 20 outras grandes empresas, permitindo a esse grupo inicial deter ou controlar, em conjunto, cerca de 60% da economia mundial:

Dentre deste grupo, o estudo identificou um núcleo mais restrito de 147 entidades (3/47 das quais são instituições financeiras: bancos, seguradoras, fundos de investimento, fundos de pensões) que dominam grande parte das restantes: menos de 1% das entidades estudadas controlam 40% de toda a rede. Acresce que estas 147 entidades nucleares estão ligadas entre si por uma densa teia de participações cruzadas, o que faz delas o verdadeiro governo do mundo capitalista. Ficamos a saber o que são “os mercados” e compreendemos que estes “mercados” não sejam compatíveis com a democracia.

O panorama apresentado põe em cheque o papel correto do Estado na economia, e se ele deve, e principalmente, se possui condições de fazer algo para alterar o resultado do mercado.

É uma grande ilusão supor que o Estado, qualquer tipo de Estado – possa assumir o controle efetivo do mercado, instável e imprevisível por natureza:

Ao contrário do que sugere a colheita metafísica da “mão invisível”, o mercado não está atrás de certeza nem pode invocá-la do nada, quanto mais garanti-la. O mercado prospera na incerteza (chamada alternativamente de competitividade, desregulamentação, flexibilidade, etc.) e a reproduz em quantidade crescente como seu principal alimento. Longe de ser um veto à racionalidade do mercado, a incerteza é a sua condição indispensável e seu inevitável produto. A única igualdade que o mercado promove é a provação igual ou quase igual da incerteza existencial, partilhada igualmente por vencedores (sempre, por definição, vencedores “até segunda ordem”) e vencidos. (BAUMAN, 2000, p.38)

A dificuldade em definir o papel apropriado para o Estado dentro do sistema capitalista se acentua nessa fase de afastamento entre as esferas da política e do capital. A noção positiva de ideologia de Bauman, tratada anteriormente, levanta a



questão da globalização e da tendência neoliberal, que afetam e influenciam as políticas públicas e por consequência o próprio direito econômico, enquanto ramo responsável por implementá-las na economia por meio das modalidades interventivas.

Mas como se chegou a esse ponto?

As próximas linhas traçarão um esboço que busca responder tal indagação, desde a perspectiva do Estado liberal, no qual o princípio da abstenção do Estado nas relações sociais de produção e distribuição de bens possibilitou grandes avanços econômicos, até a consagração da política neoliberal no cenário da política internacional.

## 1.4 Sobre a intervenção estatal nos modelos de Estado

### 1.4.1 Estado e capitalismo liberal

Antes mesmo da afirmação plena do capitalismo como sistema econômico-social dominante, o Estado passou a assumir um papel diverso do desempenhado nas sociedades primitivas e sob condições feudais<sup>22</sup>. A revolução comercial do século XVI trouxe a mundialização do comércio e iniciou a moderna história do capital, com grande importância ao poder militar pelo meio do qual um Estado poderia enriquecer mais rapidamente que outro.

Após período mercantilista (séculos XVI e XVII), no qual a liberdade se desenvolvia em conjunto com a ação estatal em benefício das manufaturas, surge o liberalismo no século XVIII<sup>23</sup>, como fruto do Renascimento e do Iluminismo (NUNES, 2004, p. 56-59, 62)

---

<sup>22</sup> Consoante lições de: NUNES, António José Avelãs. A natureza do estado capitalista na óptica dos fundadores da ciência econômica. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná / Universidade Federal do Paraná. Programa de Pós-Graduação em Direito**. Curitiba: SER/UFPR, 2004; BAGNOLI, Vicente. Poder Econômico e Imperialismo: a relação entre o público e o privado. **Revista da Faculdade de Direito – Universidade de São Paulo**. São Paulo: USP, volume 101, jan./dez.2006, p.587-624.

<sup>23</sup> Como leciona Fábio Nusdeo (2010, p. 123-124): “Isso ocorre no chamado mundo ocidental, o qual compreende a Europa Ocidental, os Estados Unidos e demais países americanos que gradualmente foram se separando das respectivas metrópoles europeias. Com o tempo, outras nações situadas fora do ecúmeno geográfico ocidental passaram a acolher as linhas básicas do sistema, como o Japão (a partir de 1867), a Austrália, a África do Sul e, na segunda metade do último século, os chamados tigres asiáticos”.

Os vários movimentos políticos vitoriosos na instituição de um Estado de Direito, no período conhecido como Iluminismo, pregavam que a liberdade, a propriedade e o enfrentamento a tiranos eram direitos naturais dos homens.

A garantia da liberdade de iniciativa e da propriedade privada consagraram o liberalismo e a doutrina do *laissez-faire*, difundida por Adam Smith:

A pedra fundamental do liberalismo costuma ser identificada com Adam Smith, mais especialmente com a publicação de *A riqueza das nações*, 1776 – com certeza um dos livros mais reeditados e citados dos tempos modernos.

Smith afirma que o mundo seria melhor – mais justo, racional, eficiente e produtivo – se houvesse a mais livre iniciativa, se as atitudes econômicas dos indivíduos e suas relações não fossem limitadas por regulamentos e monopólios garantidos pelo Estado ou pelas corporações de ofício. Prega a necessidade de desregulamentar e privatizar as atividades econômicas, reduzindo o Estado a funções definidas, que delimitassem apenas parâmetros bastante gerais para as atividades livres dos agentes econômicos. São três as funções do governo na argumentação de Smith: a manutenção da segurança interna e externa, a garantia da propriedade e dos contratos e a responsabilidade por serviços essenciais de utilidade pública. (MORAES, 2001, p.13)

Na base do liberalismo, encontra-se uma concepção de Estado não-intervencionista, representado na prática, pela oposição ao mercantilismo, controlado pelas monarquias absolutistas que exerciam controle sobre o comércio durante os séculos XVI e XVII: “Era a proposta do Estado mínimo, que pode ser sintetizada pela noção de que o mercado deve ser deixado no estado de natureza selvagem e coordenado por sua própria dinâmica econômica”. (SAYEG e BALERA, 2011, p. 54)

A teoria clássica do capitalismo econômico surgiu nessa época, na qual a defesa do capitalismo, da livre iniciativa e do sistema industrial da sociedade era pautada em quatro presunções (GOLOB, 1958, p. 17-19)

1. a ideia do homem econômico, que supunha a atuação racional dos indivíduos que atuam na esfera econômica em busca do lucro;
2. a ideia do interesse próprio, pela qual inexiste diferença entre o interesse individual e o interesse geral dado que este último representa a soma dos interesses individuais;
3. a ideia do encaminhamento automático do trabalho e do capital, pela qual o sistema econômico encontra a forma mais eficiente e conveniente de distribuir recursos;

4. a ideia da concorrência, responsável por produzir o ajustamento de preços e produção que propiciariam os melhores resultados que a economia fosse capaz.

Dentro dessa lógica clássica do capitalismo é evidente que o papel atribuído ao Estado no modelo liberal seguia uma lógica de subsidiariedade da intervenção pública, com o exercício de funções ligadas ao exercício da soberania e da autoridade: “a Fazenda, a Defesa interna e externa e a Justiça constituíam as primordiais tarefas naturais do Estado liberal”.

No denominado “Estado mínimo”, o Estado só deveria assumir tarefas de que a sociedade se desinteressava ou que não podia ou não conseguia executar em termos satisfatórios (GONÇALVES; MARTINS, 2004, p. 174)

Laubadère (1985, p. 3) afirma que o Estado exercia intervenções com o propósito de policiamento econômico, como verificação de pesos e medidas e repressão de fraudes, e de proteção econômica, regulamentando atividades e profissões: “por outro lado, podemos observar, no que se refere às suas modalidades jurídicas, além de seu alcance limitado, a sua fraca diversidade”.

Com relação às intervenções na economia, o autor expõe que o próprio Estado assumiu funções econômicas, gerindo um número de empresas de caráter industrial:

Quanto às actividades económicas das pessoas públicas (serviços públicos industriais e comerciais), elas seguem essencialmente uma ou outra de duas formas: a da gestão directa pelos agentes da colectividade pública e da concessão do serviço público a uma sociedade privada. Esta última modalidade (concessão de serviço público) é mesma a única à qual se considera, nessa época, que as colectividades locais têm direito de recorrer. Uma terceira forma, a de instituto público (serviço público dotado de personalidade moral), existe também, mas é de uma utilização muito rara: é aplicada a uma das redes de caminho de ferro de interesse geral, a que o Estado resgatou em 1908. (LAUBADÈRE, 1985, p. 35)

A doutrina liberal, por ter sido objeto de repúdio por John Maynard Keynes (1983), é assim por ele resumida:

O princípio do *laissez-faire* chega assim para harmonizar o individualismo e o socialismo, e para unir o egoísmo de Hume ao máximo benefício de maior número.

(...)

Mas, ainda eram necessários alguns outros ingredientes para completar a mistura. Em primeiro lugar, a corrupção e a incompetência dos governos do século XVIII, dos quais muitos legados sobreviveram no século XIX. O individualismo dos filósofos políticos tendia para o *laissez-faire*. A harmonia divina ou científica (conforme o caso) entre o interesse particular e a

vantagem política também tendia para o *laissez-faire*. Mas, acima de tudo, a inépcia dos administradores públicos contribuiu muito para levar o homem prático no *laissez-faire* – um sentimento que, de maneira alguma, desapareceu. Quase tudo o que o Estado fizesse além de suas funções mínimas, no século XVIII, era, ou parecia, injurioso ou sem êxito.

(...)

Assim, o terreno estava preparado para a doutrina que, em bases divinas, naturais ou científicas, estabelecia que a ação do Estado deveria ser rigorosamente limitada, e que, na medida do possível, a vida econômica deveria ser deixada, sem regulamentos, à aptidão e ao bom senso de cidadãos individualistas, impelidos pela admirável motivação de subir na vida.

O Estado liberal, chamado por Vital Moreira (1987, p. 140) de “ponto zero da intervenção<sup>24</sup>”, pois nele a função econômica do Estado era praticamente inexistente, trouxe benefícios para a vida social. O período criou um progresso econômico acentuado e propiciou o surgimento das condições necessárias para o advento da Revolução Industrial:

Depois de ultrapassado o “ponto zero”, o Estado mantém, com atenuações, as mesmas atribuições punitivas de outrora, agora acrescidas de um *plus* significativo: o dever ativo de promover intervenções no domínio econômico e social quando estas se façam úteis e necessárias. Intervenções que se tornam imprescindíveis ao próprio mercado concorrencial e ao todo da comunidade. Mais do que isso, com o tempo esse *plus* passa a desempenhar um papel principal e a repressão ocupa um segundo lugar (MOREIRA, E. B., 2004b, p. 53).

No entanto, a garantia da liberdade propagada pelo liberalismo se tornou um obstáculo político às transformações sociais, pois a abstenção do Estado na vida econômica conduziu à graves distorções e anulou a independência econômica do indivíduo, sendo responsável por desequilíbrios sociais que geraram a formação de monopólios e exploração dos trabalhadores (ATHIAS, 1997, p. 34), os quais não estavam devidamente amparados por uma rede de proteção legal contra: “as péssimas condições de trabalho, quanto a um salário digno ou compatível com as atividades exercidas, condições de insalubridade, a questão de proteção social”. (OLIVEIRA, 2008, p. 62)

<sup>24</sup>Sustenta Vital Moreira (1987, p. 141-142) que: “Se o conceito de intervenção se torna necessário, o seu ponto de referência tem que ser precisamente a época histórica do liberalismo econômico, do capitalismo de concorrência. Aí a função econômica do Estado era praticamente inexistente: é esse o ponto zero da intervenção econômica do Estado. Quanto o Estado é chamado a actuar sobre o processo econômico com o objectivo de o incentivar ou corrigir; quando actua segundo critérios e com objectivos político-económicos ou político-sociais e não apenas policiais; quando participa ele mesmo no processo económico, investindo, produzindo, isto é, transformando-se também em instancia económica – aí começa a intervenção”.

Decorre daí que a Revolução Industrial foi a alavanca para a substituição do modelo liberal por modelos interventivos, consubstanciados no modelo do bem-estar social (final do século XIX e século XX) e no modelo socialista (século XX) (MOREIRA NETO, 2005):

O Estado Liberal, oriundo de uma revolução burguesa tornou-se guardião da liberdade individual ao formular princípios filosóficos ideais comuns a todos, o que significa considerar a sociedade como um aglomerado de átomos/indivíduos. No entanto, a generalização consistia, apenas, em sua formalidade pois, com a tomada de poder pela burguesia, a prática/concretização da universalidade dos princípios passou a não ser interessante para essa classe. Manteve-se a ideologia, mas não se universalizaram os princípios concretamente, nisso consistindo a contradição do Estado moderno: todos formalmente possuem direitos, mas somente alguns conseguem materializá-los. O desprezo ao poder social começou a resultar em violência e descontrole no século XIX, quando se principia a verificar a inadequação do constitucionalismo burguês aos problemas exurgentes das demais classes. Inicia-se o desenvolvimento da consciência da classe trabalhadora em relação à inação do Estado Liberal para corrigir as desigualdades materiais existentes. (MASSAÚ, 2011)

O Estado deixou de se ocupar apenas da ordem e da justiça, ocupando lugar de relevo no que diz respeito à vida econômica e social: “conclui-se que a política econômica exigiu do Estado a participação de um novo tipo de relação jurídica, diferente daquela que se caracterizava nos demais ramos do Direito”. (SOUZA, 1980, p. 282)

Ocorre que as novas responsabilidades assumidas pelo Estado, inseridas naquilo que mais tarde viria a ser chamado de administração de infraestruturas, trazia problemas complexos que forçaram a intervenção em domínios outrora comandados pelos particulares:

O Estado liberal deparou-se assim com novas tarefas: planejar, projectar, fazer, disciplinar, dirigir, controlar, gerir e explorar começam a ameaçar o rígido dicionário da actividade pública.

As mesmo tempo, verificou-se que aquelas mesmas actividades não se prestavam a ser geridas segundo o regime clássico da liberdade de empresa e da concorrência; pelo contrário, o conjunto daquelas exigências e o facto de se tratar de actividades ligadas a “redes” denunciavam a sua vocação para o exercício de regime de monopólio ou de exclusividade. Consequentemente, pôs-se o problema da determinação da titularidade de tais actividades.

Sobre essa questão, foram diferentes as respostas da Europa, e dos Estados Unidos da América.

No direito norte-americano, adoptou-se uma solução privada, instituindo-se os “monopólios privados regulados” no sector das *public utilities*. Assim, as novas actividades económicas ligadas a redes foram assumidas como actividades privadas sujeitas a regulação pública.

No velho continente, o Estado assumiu a titularidade dessas novas tarefas, que, por essa razão, viriam a ser qualificadas como tarefas de serviço público. (GONÇALVES; MARTINS, 2004, p. 175-176)

Em substituição ao capitalismo liberal, no qual o Estado intervinha na ordem econômica de forma excepcional, pois a coordenação da economia era realizada pelas forças naturais do mercado, surge o denominado capitalismo de Estado, caracterizado pela economia capitalista de comando central, no qual se admite que o Estado coordene o mercado de forma artificial por intermédio do dirigismo econômico.

#### 1.4.2 Estado Regulador e capitalismo de Estado

Embora o liberalismo tenha admitido a tendência intervencionista do Estado para solucionar os problemas sociais e econômicos, foi somente no período entre guerras que o Estado passou a intervir de forma direta, não apenas para regular o próprio funcionamento da economia, mas também para garantir a satisfação de determinados objetivos sociais:

Nos próprios Estados Unidos tinha nascido em 1887 a primeira “comissão reguladora” (a *Interstate Commerce Commision*) e em 1897 era aprovado o *Clayton Act* para lutar contra os trusts anticoncorrenciais. No leste da Europa a revolução russa de 1917 inaugurara o movimento de substituição do próprio capitalismo por uma nova ordem econômica baseada na propriedade colectiva dos meios de produção. Na Alemanha, a Constituição de Weimar, de 1919, introduzira pela primeira vez a economia na Constituição, fazendo daquela uma questão básica do Estado. Na Itália o fascismo triunfante desde 1923, encaminhava-se para um regime em que todos os aspectos da sociedade, incluindo a economia, eram colocados sob a alçada da direcção do Estado (MOREIRA, V., 1997, p. 17)

Os fatores que deram suporte à mudança do Estado vão desde um movimento geral de ideias, que envolvem dados de circunstância (guerra e crise), e fatos políticos: “foi sobretudo a crise econômica de 1929 que constituiu o grande factor circunstancial do intervencionismo. É a partir de 1930 que se fala em economia dirigida”. (LAUBADÈRE, 1985, p. 40)

A crise de 1929 se identifica em especial com a denominada “quinta-feira negra de 24 de outubro”, quando banqueiros e investidores de *Wall Street*, temerosos com o resultado apresentado por diversos índices e indicadores que revelavam uma baixa no preço do ferro, aço, cobre e produtos industriais, lançaram

16 milhões de títulos no mercado sem encontrar compradores: “Os bancos americanos... cessam a oferta de créditos aos outros países e repatriam capitais investidos a curto prazo. A mobilidade de capitais ... agora revelava a face ruim e perigosa da interdependência econômica”. (BAGNOLI, 2008, p. 15)

Portanto, foi: “a crise de 1929, iniciada nos Estados Unidos, que obrigou a maior parte dos países a fazer da economia uma questão política fundamental de governo”. (MOREIRA, V., 1997, p. 18)

A crise do modelo de Estado capitalista liberal decorreu não apenas de opções político-ideológicas, mas como resultado: “do processo de concentração e centralização do capital no final do século XIX; da tendência ao crescimento do poder sindical; e, como resposta a ambas, da tendência ao crescimento do próprio Estado”. (MATTOS, 2006, p. 70)

A evolução do Estado liberal para o Estado do Bem-estar social, também chamado de “Estado da regulação social”, “Estado capitalista regulador” ou somente “Estado regulador”, provocou mudanças sociais e econômicas e forçou o Estado a intervir na ordem econômica.

O capitalismo de Estado que deu azo ao Estado Social ou Estado Regulador, é estruturado no pensamento de John Mainard Keynes, que propôs uma mudança no papel do Estado<sup>25</sup>.

Keynes entendia que a lógica do laissez-faire era falha, pois não havia “na realidade econômica, um ambiente propício de mercado capaz de suportar o capitalismo liberal, que se aplicaria sem danos apenas num capitalismo competitivo, de concorrência perfeita”. (SAYEG; BALERA, 2011, p.155)

---

<sup>25</sup>O exemplo mais marcante do período foi o New Deal, programa de planejamento intervencionista econômico implementado na década de 1930 pelo Presidente norte-americano Franklin Roosevelt: “a adoção do New Deal significa que a Administração Roosevelt assumiu como objectivo essencial o de evitar o colapso da ordem capitalista. O governo legislou no sentido de regular a actividade bancária e o mercado financeiro, concedeu subsídios aos desempregados e aos idosos e pensões aos veteranos de guerra, ofereceu apoio aos agricultores, desvalorizou o dólar, baixou as taxas de juros, apoiou a recuperação e a reestruturação de empresas, instituiu o salário mínimo, reconheceu a liberdade de organização sindical e o direito à contratação colectiva, lançou grandes programas de obras públicas para combater o desemprego. O New Deal procurou ir de encontro das necessidades mais prementes dos trabalhadores, furtá-los á tentação revolucionária e conseguir o apoio popular para as suas políticas.. veio a organizar a economia em moldes corporativos, confiando às organizações profissionais a administração dos vários sectores da actividade económica, com poderes para elaborar e fazer aplicar coercitivamente regulamentos que determinam os limites e as formas de concorrência nos vários sectores”. (NUNES, 1972, p. 53-54)

Nessa fase, o Estado assume a posição de agente produtor e prestador de determinados serviços<sup>26</sup>, tanto no âmbito social como no econômico: “a orientação adoptada traduziu-se numa solução de capitalismo de estado, em que a propriedade privada se afirmou como uma nova forma de propriedade capitalista (propriedade de estado capitalista)”. (NUNES, 1973, p. 59)

A fórmula do “Estado social” jogava na ampliação das prestações sociais do Estado e na participação das organizações sociais, nomeadamente das organizações sindicais, na elaboração e execução das políticas económicas e sociais. Assim, a auto-regulação difundida pela economia liberal cedeu lugar à regulação por parte do Estado:

As raízes dessas alterações remontam às primeiras crises do Estado social por volta dos anos sessenta, e que viriam a tornar-se mais visíveis com o decurso do tempo: os gastos públicos exponenciais do sector público, a carga fiscal necessária para o seu financiamento, o défice público incontrolável, a ineficácia e a ineficiência da gestão pública são em geral considerados os principais factores da viragem verificada. A esses factores acrescem as exigências decorrentes do processo de integração na Comunidade Europeia, relacionadas com a construção de um mercado único. A eleição do princípio da livre concorrência, com todos os seus corolários (liberdade de empresa, liberdade de circulação de capitais, liberdade de prestação de serviços, etc.), como pilar estruturante da integração e da construção de um mercado único acabou por impor a necessidade de colocar à disposição do mercado actividades e serviços até então nas mãos do Estado. (MOREIRA, V., 1997, p. 180)

No Estado regulador podem ser identificados dois tipos diversos de regulação: social e económica.

Paulo Todescan Lessa Mattos (2006, p. 41-42) leciona que o que distingue as duas formas de regulação são os tipos de técnicas administrativas utilizadas para regular e os efeitos produzidos sobre a organização do sistema económico:

Nessa nova perspectiva, independentemente de o Estado atuar como empresário ou não, a ação regulatória sempre estará presente e poderá ser considerada como sendo direta ou indireta. Será direta quando o conteúdo da norma editada tiver por base técnicas administrativas que visem a produzir efeitos sobre a economia na forma da correção de “falhas de mercado” e na forma de estabilização e desenvolvimento económico, conforme veremos adiante. Será indireta quando o conteúdo da norma tiver por base técnicas administrativas que visem a realizar “valores sociais ou

---

<sup>26</sup> A prática de atribuir ao Estado a responsabilidade de gerir directamente os serviços públicos assumiu, sobretudo a forma da empresa pública: “uma entidade jurídica de direito público, de natureza institucional, a quem o Estado devolve, normalmente em regime de monopólio legal, a exploração de actividades económicas e a gestão dos grandes serviços públicos”. (GONÇALVES; MARTINS, 2004, p. 178)



culturais”, mas que ao serem adotados, também produzem efeitos sobre o sistema econômico.

A ação regulatória do Estado está associada às técnicas administrativas de correção de falhas de mercado e de estabilização e desenvolvimento econômico, como controle de poder monopolista, controle de informações inadequadas, correção de problemas de ação coletiva, eliminação de competição excessiva, planejamento econômico, entre outras, por critérios de escolha: “que não são balizados apenas por critérios técnicos de controle de eficiência no funcionamento de mercados, mas principalmente, por valores sociais e culturais”. (MATTOS, 2006, p. 52)

Quanto à regulação econômica, - tida aqui como toda forma de intervenção pública na economia, incluindo o exercício de atividades empresariais - seus limites dentro do Estado regulador tem momentos distintos, dependendo das condições histórico-materiais de cada país:

A constituição do Estado capitalista regulador na Inglaterra, França e Estados Unidos, por exemplo, terá características diferentes da constituição do Estado capitalista regulador na Alemanha, Itália e Japão.

As diferenças entre o surgimento do Estado capitalista regulador nesses dois conjuntos de países parecem ser claras, na medida em que os primeiros são países de industrialização mais antiga, em que teria havido, inclusive na França, o desenvolvimento de um modelo de organização social com a presença jurídico-administrativa forte do modelo de Estado liberal, intermediando as relações sociais condicionadas pela organização econômica capitalista. Seriam, ainda, países onde o fenômeno da Revolução Industrial teria permitido também uma clara demarcação histórico-material dos momentos do capitalismo mercantil e a passagem para o capitalismo competitivo e, depois, a passagem para o capitalismo monopolista. O mesmo não teria ocorrido com o segundo conjunto de países que viveram um processo de industrialização retardada e em que houve uma passagem direta do Estado absolutista para o Estado regulador. Assim, na Alemanha, Itália e Japão, as Revoluções Industriais retardadas tiveram no Estado, desde o princípio, o seu principal motor e condutor, o que não ocorre com a Inglaterra, Estados Unidos e, em grau menor, com a França. Os países que passaram pela etapa do capitalismo competitivo iriam ter o desenvolvimento e crescimento do Estado, chegado ao modelo de Estado regulador, só depois da Primeira Guerra Mundial e da crise de 1929 e em resposta à depressão dos anos 1930. (MATTOS, 2006, p. 71)

Vital Moreira (1997, p. 35) explica que o termo regulação pode ser identificado por três noções diversas: em sentido amplo, representa toda forma de intervenção do Estado na economia, independentemente dos seus instrumentos e fins, em sentido menos amplo, representa o condicionamento, coordenação e disciplina da atividade econômica privada, e em sentido estrito, é somente o

condicionamento normativo da atividade econômica privada, por via de lei ou outro instrumento normativo.

É certo que, tecnicamente, a regulação representa sempre um condicionamento externo à atividade dos agentes econômicos. No entanto, a adoção do conceito de regulação como toda forma de intervenção estatal, sem a exclusão da atividade econômica exercida pelo próprio Estado, decorre do fato de que, como admite Vital Moreira, a participação do Estado na economia e a intervenção sobre a economia privada imbricam-se uma na outra, sendo que a economia pública pode ser uma alternativa à regulação e vice-versa:

A regulação pública tem por objecto não somente a atividade económica privada, mas também a própria economia pública, ou seja, as empresas públicas, *lato sensu*. Por isso, o conceito de regulação tem de ser alargado, de modo a contemplar toda a coordenação pública da economia, pública ou privada. (MOREIRA, V., 1997, p.39)

O conceito extensivo permite uma melhor compreensão das funções assumidas pelo Estado regulador, evitando que se deixe de fora de tal momento histórico a intervenção do Estado na qualidade de agente económico. Importa, portanto, para aclarar a amplitude do papel estatal. Deve ser pontuado, no entanto, a existência de pontos de vista diversos<sup>27</sup>.

O Estado regulador ou Estado do bem-estar social<sup>28</sup> começou a dar sinais nas décadas finais do Século XX. Isso se verificou nos Estados centrais do capitalismo porque as despesas governamentais acabaram por superar a arrecadação ou receita, provocando um aumento da instabilidade social. O fenómeno também foi verificado nos países periféricos, em razão da impossibilidade de satisfazer os compromissos de pagamento da dívida interna e externa, simultaneamente ao custo das demandas associadas às externalidades negativas. (SAYEG e BALERA, 2012, p.160)

<sup>27</sup>Alexandre Wagner Nester (2006, p. 25), por exemplo, expõe que o objetivo do Estado Regulador é garantir a concorrência: “o que inclui não apenas promover a efetiva concorrência entre os agentes no mercado, mas promover a simulação de efeitos equivalentes aos de uma situação de concorrência, quando esta não for possível ou for insuficiente - como instrumento para obtenção dos valores coletivos essenciais, assim eleitos pelo Estado, a fim de afastar a concentração nociva de poder económico ou , quando menos, a fim de repartir os ganhos de escala produzidos com o consumidor, bem como vedar que o processo de interação económica traduza-se em processo de exclusão social”.

<sup>28</sup>Crítica ao Estado do bem-estar social, ver: António José Avelãs. **Do Capitalismo ao Socialismo**. Coimbra: Atlântida Editora, 1972, p.94-95.

### 1.4.3 Desregulação e Neoliberalismo

As economias ocidentais, nas últimas décadas, passaram a promover a abertura de setores antes organizados por meio de monopólio público à iniciativa privada, deixando de atuar sob forte intervencionismo estatal para exercer um papel regulador dentro de um regime concorrencial amplo:

No caso dos Estados Unidos da América, é possível afirmar que o sistema econômico sempre foi baseado na abertura dos mercados à livre iniciativa. Diferentemente do que ocorreu na Europa, especialmente nos países de tradição romano-germânica, na América do Norte a iniciativa privada sempre atuou de forma intensiva em todos os setores da economia, inclusive naqueles em que os serviços destinam-se à satisfação das necessidades mais básicas da coletividade (as denominadas public-utilities – que consistem em atividades de natureza essencialmente privada, porém de interesse coletivo).

Na Europa, de um modo geral, esse fenômeno passou a ocorrer desde a década de 80, quando predominava um clima político-ideológico de feição neoliberal e desenrolava-se o processo de desregulamentação, que significou basicamente a atenuação das responsabilidades públicas com relação à execução de determinadas atividades econômicas através da sua transferência para a sociedade. (NESTER, 2006, p. 11)

A partir dos anos oitenta, o movimento conhecido como neoliberalismo veio a questionar o papel do Estado na economia, diminuindo seu tamanho por intermédio da desregulação:

A década de oitenta foi marcada pela emergência das orientações privatizadoras e liberalizadoras. A palavra de ordem foi a retirada do Estado da área econômica, a liberalização dos mercados, a abertura à concorrência e ao mercado...

O movimento da desregulação abarca a privatização de empresas públicas ou de participações públicas em empresas mistas; a liberalização de atividades e setores econômicos até então reservados para o setor público, e a desregulação propriamente dita, consistente na eliminação de controle público sobre a produção e o mercado. (MOREIRA, V., 1997, p. 43)

Vital Moreira expõe que, muito embora tenha sido reduzida a participação direta do Estado na atividade econômica, o papel da regulação pública não diminuiu, mas, pelo contrário, aumentou de maneira substancial. O programa desregulador se apresentava menos dependente da propriedade pública e da intervenção econômica do Estado, e menos restritivo da concorrência:

Se é certo que não deixou de haver recuo da regulação em diversos domínios, em outros porém verifica-se o seu aumento, sobretudo onde as

privatizações de empresas prestadoras de serviços públicos em regime de exclusivo tiveram de ser acompanhadas de regras de garantia de interesse público e da concorrência. Noutros casos a desregulação não passou de uma reforma dos métodos e do escopo da regulação, nomeadamente a substituição de formas *hard* por formas *soft* de regulação.

(...)

Seja como for, o movimento desregulador traduziu-se numa substancial inversão da tendência para o contínuo aumento da regulação e do sector empresarial público, que se vinha manifestando desde a II Guerra Mundial. (MOREIRA, 1997, p. 20)

Se tomarmos o sentido estrito de regulação, entendido como um condicionamento normativo da atividade econômica privada, por via de lei ou outro instrumento normativo, fica mais fácil compreender porque a desregulação implicou em maior regulação.

O movimento desregulador implicou em maior edição de normas, pois ao lado da regulação tradicional, que tem como objetivo sanar as falhas de mercado, passaram a ser editadas normas de regulação concorrencial, com o objetivo de assegurar o funcionamento do mercado.

Embora a regulação setorial e a regulação concorrencial visem objetivos diversos, há formas de regulação tradicional que não afetam a concorrência, e que podem servir de estímulo à concorrência: “essa situação é particularmente visível em alguns serviços públicos, onde tem sido necessária a regulação para a entrada de novos operadores no mercado e controlar o abuso de posição dominante dos operadores já instalados”. (MARQUES; ALMEIDA; FORTE, 2005, p.188)

A regulação concorrencial aumentou à medida que foi promovida a desregulação por meio de uma política liberal, exigindo a convivência entre dois tipos de regras regulatórias:

A promoção e sobretudo a defesa da concorrência nos mercados regulados passou a ser um objectivo potencialmente repartido por dois tipos de regras e de autoridades administrativas: as regras de regulação sectorial, de cuja implementação estão encarregadas autoridades especializadas para cada actividade, podendo ou não ter a natureza de autoridades reguladores independentes; e as regras transversais de defesa comunitárias ou nacionais, em geral vocacionadas para actuar sobre toda a atividade econômica de mercado. (MARQUES; ALMEIDA; FORTE, 2005, p.192)

Dessa forma, após superação de uma concepção clássica de guerra e da economia, o Estado passou a se interessar pelas atividades econômicas e pelas decisões dos agentes privados, com intensa regulamentação e intervenções estatais.

A doutrina de Keynes possibilitou que tanto a economia norte-americana, quanto a economia dos Países da Europa Ocidental, destruídas com o fim da Segunda Guerra Mundial, se reerguessem por meio das medidas de intervencionismo estatal e com a ajuda externa advinda do Plano Marshall:

Essa intervenção do Estado na economia é seguida pelos países da Europa Ocidental e também pelos da América Latina, e ocorreu, também, em face do conflito político-ideológico acirrado entre os países do Bloco Ocidental, capitaneado pelos EUA e os países do Bloco Oriental, sob orientação da ex-URSS, que se refletiu não só no campo econômico-social, mas também no plano bélico em vários conflitos que pôs em instabilidade permanente a paz mundial, como foram a Guerra da Coreia (1949-1953) e a Guerra do Vietnã (192-1975).

Com o esfacelamento do Bloco Socialista, porém, após a queda do Muro de Berlim (1989), e logo em seguida, com a extinção da ex-URSS e demais países do Leste Europeu, se estabelece uma nova ordem mundial, com a globalização da economia a formação dos blocos econômicos, sob forte ingerência dos EUA. Os países alinhados ao Bloco Ocidental, sob pressão do novo modelo estabelecido, de teor neoliberal, são obrigados a reestruturar seu modelo de Estado (Estado Democrático de Direito) a essa nova ordem, especialmente após o Consenso de Washington (1989). (OLIVEIRA, 2008, p. 64-65)

O consenso keynesiano<sup>29</sup> foi sendo substituído pelo Consenso de Washington, pelo qual foi convencionado que qualquer País que apresente dificuldades financeiras deve adotar os princípios da livre convertibilidade da moeda e livre circulação internacional de capitais para recorrer ao auxílio do Fundo Monetário Internacional.

Trata-se da chamada ideologia neoliberal, que reinventou o estado mínimo e trouxe a supremacia insuperável do mercado:

---

<sup>29</sup>Para Keynes (1983): “Muitos dos maiores males econômicos de nosso tempo são frutos do risco, da incerteza e da ignorância. E, porque indivíduos específicos, afortunados em sua situação ou aptidões, são capazes de se aproveitar da incerteza e da ignorância, e também porque, pela mesma razão, os grandes negócios constituem freqüentemente uma loteria, que surgem as grandes desigualdades de riqueza; e estes mesmos fatores são também a causa do desemprego dos trabalhadores, ou a decepção das expectativas razoáveis do empresariado, e da redução da eficiência e da produção.

Entretanto, a cura reside fora das atividades dos indivíduos; pode até ser do interesse destes o agravamento da doença.

Creio que a cura desses males deve ser procurada no controle deliberado da moeda e do crédito por uma instituição central, e em parte na coleta e disseminação em grande escala dos dados relativos à situação dos negócios, inclusive a ampla e completa publicidade, se necessário por força de lei, de todos os fatos econômicos que seria útil conhecer. Essas medidas envolveriam a sociedade no discernimento e controle, através de algum órgão adequado de ação, de muitas das complexas dificuldades no mundo dos negócios, embora mantendo desimpedidas a iniciativa e a empresa particulares”.

Foi o reino do deus-mercado, foi a vitória do capitalismo de casino, foi a assunção (sem disfarce) do capitalismo como a civilização das desigualdades. A política de globalização neoliberal, apostada na imposição de um mercado único de capitais à escala mundial, assente na liberdade absoluta da circulação de capitais, conduziu à supremacia do capital financeiro sobre o capital produtivo e à criação de um mercado mundial da força de trabalho, acentuando a exploração dos trabalhadores e as ameaças do fascismo amigável e do fascismo de mercado. (NUNES, 2012, p. 20-21)

Diz-se que a crise financeira<sup>30</sup> pela qual os Países atravessam têm origem na implementação do projeto político do neoliberalismo, pelo qual foi destruído o chamado “Estado regulador” sob a justificativa de que o Estado, na qualidade de agente interventor da economia, seria lento, ineficaz e corrupto.

O neoliberalismo avançou e perdurou por 30 anos, até que a crise do sistema financeiro em 2007 se espalhou pelo mundo, lembrando, como dispõe Fabio Nusdeo, da crise de 1929, com a diferença de que agora, os governos abriram seus cofres para lançarem em circulação trilhões de dólares objetivando reanimar o mercado:

E é interessante ressaltar que países antes criticados por terem economias bastante reguladas passaram a ser apontados como os mais bem preparados para sair da crise e partir para uma recuperação mais rápida. Foi o caso, entre outros, do Brasil. (NUSDEO, F., 2008, p. 223)

Como negar, diante do quadro ora exposto, que a relação entre o mercado e o Estado não se pauta na salvaguarda das estruturas econômicas e de poder em que se assentam as economias capitalistas?

A suposta busca por liberdade ocasionou um aprisionamento ao sistema de mercado ditado pelas empresas que tem em mãos os serviços públicos econômicos, hoje já privatizados e tirados da esfera pública, sem contar que a regulação que ficou a cargo do Estado sofre inegáveis pressões de grupos de poder:

Muitas normas são resultado de esforços de grupos privados para redistribuir riqueza em seu próprio favor. Nesse sentido, a regulação com propósito e espírito público auxilia interesses limitados ou individualizados. Uma escolha sobre as escolhas públicas mostra que o processo legislativo possui características estruturais que agravam esta situação, sendo que os principais culpados são os problemas de ação coletiva e as oportunidades para o comportamento estratégico. O fator principal é a capacidade de organização de certos grupos que, a um custo mínimo, exercem influencia

---

<sup>30</sup>Para aprofundamento ver: SOROS, George. **A crise do capitalismo**. Tradução de: SERRA, Afonso Celso da Cunha. Rio de Janeiro: Campus, 1998, p.189-280.

desproporcional nos legisladores. Via de regras, grupos mal organizados, sem coesão interna, são incapazes de neutralizar o poder dos outros. Por definição, as transferências dos interesses de um dado grupo não atendem, sob qualquer ponto de vista, ao interesse público. (SUSTEIN, 2003, p. 60)

O Estado, como pontua Przeworsky (1995, p. 49), deveria atuar de forma autônoma, formulando suas metas e as realizando sem quaisquer influências externas.

A grande questão é que os Estados tornam-se vulneráveis às influências externas justamente quando se tornam eficazes em transformar a economia e controlar o mercado:

Essa é a história frequentemente contado do keynesianismo. (...) Até a Grande Depressão, o Estado apenas garantia a operação do mercado, mas não intervinha. Não existia, naquela época, razão para que interesses privados buscassem controlar o Estado. Veio então a revolução keynesiana: o Estado adquiriu a capacidade de administrar a economia. Mas como resultado de seus novos poderes adquiridos, rapidamente perdeu sua capacidade de resistir às pressões de grupos privados, que agora tinham boas razões para tentar influir no Estado. Permeado por interesses privados, o Estado passou a gerar massivas ineficiência na medida em que respondia a pressões conflitantes, em particular para a acumulação e legitimação. Nesse momento, os marxistas concluíram que é possível um fracasso na reprodução – diagnóstico partilhado pelos neoliberais. (PRZEWORKSKY, 1995, p. 48-49)

O que faltaria às instituições estatais seria uma racionalidade universalista única que as distingua e as separe dos atores privados: “A coesão do Estado é sempre problematizada por razões puramente institucionais: o Estado é um sistema complexo sem um centro fixo de coesão. O problema em ver o Estado como centro de qualquer coisa é que o Estado não tem nele próprio um centro”. (PRZEWORKSKY, 1995, p. 86)

Se o Estado não tem nele próprio um centro, no que toca especificadamente à intervenção estatal, pode-se concluir que o controle do Estado interessa aos atores econômicos na medida em que eventual intervenção prejudicial pode ser barrada, ou ao menos atenuada.

Se admitirmos que os agentes econômicos têm motivos para controlar o Estado uma vez que este adquire capacidade de intervir na economia, é certo que o artigo 173 da Constituição Federal busca proteger o próprio Estado contra influências indevidas, devendo sua leitura adequar-se à tal realidade.

## 1.5 A crise atual da ideologia capitalista e a postura intervencionista do Estado

Afirmar que a Constituição Federal adota a ideologia capitalista é constatar o óbvio.

O fato é que o capitalismo pode assumir diversas feições, desde um capitalismo liberal, no qual o intervencionismo estatal é exigido apenas para manter a estrutura do mercado, passando pelo capitalismo de Estado, no qual as medidas de intervenção estatal adotam as mais variadas formas, e chegando até ao modelo neoliberal de capitalismo, no qual as relações comerciais e financeiras se desenvolvem a nível global.

Como o papel do Estado dentro da dinâmica capitalista assume diversas feições, inúmeras formulações teóricas têm sido elaboradas com ênfase na denominada “crise do capitalismo”<sup>31</sup>, que abrangeria inclusive, suas variáveis ideológicas ainda não conhecidas:

A característica definidora fundamental de nossa época, em contraste com as fases anteriores dos desenvolvimentos capitalistas, é vivermos nas perigosas condições da crise estrutural do sistema do capital como um todo (...) a crise não pode ser medida pelos padrões de crises passadas, pois o significado do sistema capitalista em si abrange não somente as formas historicamente conhecidas, identificáveis no passado até o século XX, mas também as suas variáveis no futuro, se as houver. (MÉSZÁROS, 2004, p. 16)

Se está a tratar, deve ser frisado, da crise atual<sup>32</sup> da ideologia capitalista, caracterizada por uma política de globalização neoliberal que aposta em um

<sup>31</sup>Sobre o Estado moderno e a crise do capital sustenta Mészáros (2002, p. 18): “A formação do Estado moderno é uma exigência absoluta para assegurar e proteger permanentemente a praticidade do sistema. O capital chegou à dominância no reino da produção material paralelamente ao desenvolvimento das práticas políticas totalizadoras e que dão forma ao Estado moderno. Portanto, não é acidental que o encerramento da ascensão histórica do capital no século XX coincida com a crise do Estado moderno em todas as suas formas, desde o Estado de formação liberal-democrática até os Estados capitalistas de extremo autoritarismo (como a Alemanha de Hitler ou o Chile miltonfriedmanizado de Pinochet), desde os regimes pós-coloniais até os Estados pós-capitalistas de tipo soviético. Compreensivelmente, a atual crise do capital afeta em profundidade todas as instituições do Estado e os métodos organizacionais correspondentes. Junto com essa crise vem a crise política em geral, sobre todos os seus aspectos, e não somente sob os diretamente preocupados com a legitimação ideológica de qualquer sistema particular de Estado”.

<sup>32</sup>Para etapas anteriores da “crise do capitalismo” ver: FARIA, Luiz Augusto Estrella. **Desvendando a espuma: reflexões sobre a crise, regulação e capitalismo brasileiro**. Luiz Augusto Estrella Faria, Octavio Augusto Camargo, Teresinha da Silva Bello. Porto Alegre: Fundação da Economia e Estatística Siegfried Emanuel Heuser, 1989, parte I (p.15/164); TREPELKO, V. **A crise geral do**



mercado único de capitais à escala mundial (NUNES, 2012, p. 20), sistema esse evidenciado no livre comércio de bens e serviços e no livre movimento de capitais.

A doutrina neoliberal representa a justificação teórica para as modificações ocorridas na base do processo produtivo do sistema capitalista, impondo a legitimação de novas funções estatais para aprimoramento do sistema, em correlação direta à globalização: “a economia da globalização é o grande motor das mudanças do Estado, conformando o grande mercado único planetário e a abertura econômica passa a ser condição de acesso a este mercado”. (MOREIRA NETO, 2005, p. 104).

A competição não mais se verifica entre os Estados, mas entre as sociedades, voltada para a eficiência política, administrativa, social e econômica.

Sob a égide do binômio competição e eficiência, o novo desempenho do Estado na economia se altera, e segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2005, p. 106), evolui de um papel conformativo e substitutivo do mercado, para tornar-se regulador de mercado, alocador de recursos, parceiro econômico e fomentador econômico.

Francisco Cavalcanti (1997, p. 68) anota que:

Vem-se, constatando, nas últimas duas décadas, tendências de reversão nesse processo de crescimento da intervenção estatal na atividade econômica. Prega-se novamente, o afastamento do Estado do cerne da atividade econômica, defende-se dever deixar o ente público de ser ente produtivo, com sensível e, em algumas situações, até drástica redução do seu papel na ordem econômica. As ideias básicas de competitividade, liberdade de mercado (inclusive e sobretudo no nível internacional) com restrições a quaisquer mecanismos protecionistas, privatização e globalização são facetas dessa nova conjuntura.

Muito embora se exija que o Estado deixe de lado a feição intervencionista, a configuração de um “Estado mínimo”, ao qual são reservadas apenas as funções essenciais<sup>33</sup>, traz o risco de um “Estado fraco” ante a atuação do mercado: “um País

---

**capitalismo.** Tradução de: I. Diákov. Moscou, 1982; MAZZUCHELLI, Frederico. **A contradição em processo: o capitalismo e suas crises.** São Paulo: Editora Brasiliense, 1985.

<sup>33</sup>Norberto Bobbio (1994, p. 178, grifo nosso) versa sobre funções mínimas do Estado, sem as quais ele não seria mais Estado. Todas as outras funções não caracterizariam o Estado enquanto tal, mas certos tipos de Estado: “quem já teve uma certa familiaridade com a história da formação do Estado moderno ou do Estado tout court (se entendermos por “Estado” o conjunto de aparelhos que caracterizam os ordenamentos políticos que fazem deles um Estado no sentido moderno da palavra são o **poder coercitivo**, que exige o monopólio da força física, considerado, de Hobbes a Max Weber, como o caráter fundamental do Estado, o **poder jurisdicional** (não apenas o poder de fazer leis, pelo fato de as normas jurídicas poderem ser produzidas quer pelo costume quer pelos próprios

subdesenvolvido como o Brasil, que não exerça a contento o seu papel interventivo e desenvolvimentista, certamente submeter-se-á àqueles que exercem o poder econômico”. (MOREIRA, E. B., 2004b, p. 6)

Ademais, a excepcionalidade da atuação do Estado na atividade econômica não implica em ausência de interferência estatal. Nesse momento, sobretudo, implica em uma maior ênfase na legislação com o objetivo de assegurar o funcionamento dos mercados e corrigir eventuais abusos.

Portanto, o cerne da questão consiste em averiguar em que medida se exige uma postura intervencionista estatal na sua substituição ou na sua associação com o sistema de mercado, dado que a ideologia capitalista e intervenção estatal sempre estiveram ligados: “O capitalismo teve por pressuposto a atuação estatal e dela depende para sua conservação. O Estado foi e é essencial ao capitalismo sobretudo na prestação de serviços públicos, como na área de transportes”. (RIBEIRO, 1998, p. 239)

Quanto ao Estado brasileiro, certo que permanece capitalista, qualificado pela participação excepcional do Estado no domínio econômico, e ao que tudo indica, com relevante papel como agente sancionador dos abusos praticados contra a ordem econômica.

Esse é o ponto de partida para adentrar na análise propriamente jurídica do tema, consubstanciada: na verificação do papel para o Estado como agente interventivo direto e como agente sancionador da ordem econômica; sua configuração conjunta dentro do artigo 173 da CF/88, bem como a adequação de tais modalidades interventivas na política neoliberal e em tempos de globalização.

Iniciando pela constituição econômica brasileira, o próximo capítulo abordará a ideia de sistema dual, suas falhas, o Estado Social Intervencionista e os princípios informadores da ordem econômica. Também será explorada a temática do gênero intervenção estatal, no que tange aos seus aspectos conceituais, objetivos, ordens motivacionais e modalidades.

---

juristas, mas o de aplicá-las, ou seja, o poder de julgar a razão e a sem-razão, o justo e o injusto) e o **poder de impor tributos**, sem os quais o Estado não pode desenvolver nenhuma de suas funções essenciais”.

## **2 CONSTITUIÇÃO ECONOMICA BRASILEIRA: ASPECTOS GERAIS DA ORDEM ECONOMICA E DA INTERVENÇÃO ESTATAL**

### **2.1 Da ordem e da Constituição Econômica - conceituação**

#### **2.1.1 Da ordem jurídico-político-econômica**

No sentido inverso do termo que dá nome ao sub-capítulo, serão abordadas, respectivamente, a ordem econômica, a ordem política e a ordem jurídica.

Como leciona Vital Moreira (1987, p. 67-71), o termo ordem econômica pode apresentar três sentidos: em um primeiro sentido “ordem econômica” é o modo de ser empírico de uma determinada econômica concreta, utilizada como conceito de fato e não como conceito normativo; em um segundo sentido a expressão designa todo o conjunto de normas, qualquer que seja sua natureza, que respeitem à regulação do comportamento dos sujeitos econômicos, é o sistema normativo (no sentido sociológico) da ação econômica; e em um terceiro sentido “ordem econômica” significa ordem jurídica da economia.

A primeira parte do trabalho adotou o conceito de ordem econômica no primeiro sentido aqui referido, e a partir desse ponto, o viés jurídico exige a adoção da terceira conceituação.

Enquanto parte da ordem jurídica, a ordem econômica é constituída de princípios informadores que adotam os valores de determinada concepção de modelo econômico.

Eros Roberto Grau (1981, p. 47) define a ordem econômica como o conjunto de princípios jurídicos de conformação do processo econômico, desde uma visão macrojurídica, operante por meio do condicionamento da atividade econômica a determinados fins políticos do Estado.

Já na ordem política são identificados os elementos definidores das opções entre os sistemas e os regimes políticos. No sentido político geral, podemos falar de uma ordem jurídica correspondente a sistemas ou a regimes propriamente políticos, como a ordem jurídica capitalista, ordem jurídica neoliberal, entre outras (SOUZA, 2003, p. 176).

Como a ordem jurídica<sup>34</sup> é caracterizada por elementos ideológicos característicos dos regimes políticos, que elevados ao grau de elementos componentes da Constituição Econômica assumem a feição de regimes ou ideologias específicas (SOUZA, 2003, p. 178), usual a utilização do termo ordem jurídico-político-econômica:

Entende-se que a ordem jurídico-político-econômica enquanto conjunto legal infraconstitucional é a política econômica posta em prática, ao passo que **a conjunção da ordem jurídico-econômica elaborada na esfera de uma ordem política que reflete seu momento histórico significa a ideologia adotada para aquela política econômica** (BAGNOLI, 2008, p. 24, grifo nosso).

Nessa linha de raciocínio, e como já pontuado, a ordem jurídico-econômica brasileira, ou a ordem jurídico-político-econômica, adota, na esfera política, a ideologia capitalista e a consagração do sistema dual de iniciativa, adiante abordado.

Na obra “A ordem econômica na Constituição de 1988”, Eros Grau (2008, p. 68) pontua que: “o conceito de ordem econômica constitucional que cogitamos – e, de fato, é -, é próximo, bastante próximo, do conceito de Constituição Econômica”.

Tal proximidade é explicada pelo fato da Constituição Econômica ser definida como a Carta que possui em seu texto, seja em títulos ou capítulos específicos, artigos com temas econômicos: “daí a configuração da ordem-juridico-econômica e suas modernas denominações, ordem econômica e social, ordem econômica e financeira ou, tão-somente, ordem econômica”. (BAGNOLI, 2008, p. 9)

Independentemente da nomenclatura adotada para designar o conjunto de dispositivos com temas econômicos, fato é que a Constituição Econômica decorre da necessidade de disciplinar juridicamente o modo de produção capitalista, impondo condicionamentos à atividade econômica (SILVA, 2012, p. 788).

São as relações travadas entre o Estado e a economia, após serem constitucionalizadas por intermédio da positivação de determinado sistema de economia política, que dão nascimento à denominada Constituição Econômica.

---

<sup>34</sup>Esta conceituada como conjunto de normas que definem, pela sua disposição harmônica, o sistema ou regime jurídico (SOUZA, 2003, p.176).

## 2.1.2 Da Constituição Econômica

Foi a Constituição alemã de Weimar<sup>35</sup> a principal responsável por influenciar as cartas constitucionais no período pós-Primeira Guerra Mundial, ao incluir um capítulo especial dedicado à vida econômica, embora, como lembra Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2008, p. 351), essa primazia seja contestada diante do conteúdo da Constituição Mexicana de 1917:

Este documento, sem dúvida, antecipa-se no reconhecimento de direitos sociais, como educação (art.3º), na previsão de uma reforma da estrutura agrária (art.27) etc. Todavia, nela inexistia sequer um esboço do tratamento sistemático da atividade econômica. Por outro lado, seu reflexo imediato foi reduzido, enquanto a repercussão da Constituição germânica foi instantânea e profunda, na Europa e fora dela. E foi dela e não a mexicana que serviu de inspiração, e foi copiada, às vezes, pelas Constituições da Europa central e báltica, da Espanha (1931), e pela brasileira de 1934.

Fabio Nusdeo (2010, p. 203) pontua que situada entre a Constituição de Weimar e a Constituição Mexicana de 1917: “coloca-se a Lei Fundamental soviética de 1918, com extensa matéria de natureza econômica, voltada a implantar o sistema de econômica coletivista”.

A Constituição econômica nasceu formalmente no início do Século XX, oriunda da positivação de um feixe de normas constitucionais que disciplinam a natureza do sistema econômico em um Estado (MOREIRA, E. B., 2004b, p. 64), tendo como objeto, portanto, as normas jurídicas básicas que controlam a economia (FERREIRA, 2008, p. 325).

Para José Afonso da Silva (2012, p. 79), a Constituição Econômica representa um “conjunto de preceitos que institui determinada ordem econômica (mundo do ser) ou conjunto de princípios e regras essenciais ordenadoras da economia”.

---

<sup>35</sup> Avelãs Nunes (1973, p. 51-52) expõe que na Constituição de Weimar é assumido com clareza o princípio de que não pode confiar-se ao capital privado a gestão de determinados setores de produção, nomeadamente os que representam uma eminente utilidade social. Sustenta que a construção weimariana trouxe instrumentos como a nacionalização de empresas suscetíveis de socialização para fins de colocar sob a alçada do estado os bens econômicos de utilidades social e empresas em situação de monopólio; marcou a diferença entre o estado social e o estado socialista ao garantir à expropriados uma contrapartida no caso de desapropriação; estabeleceu o princípio da função social da propriedade; criou o instituto da cogestão às empresas privadas, no qual se garantia, em determinadas circunstâncias, a participação de trabalhadores na gestão da empresa, além de prever a categoria de direitos sociais e o reconhecimento, pela primeira vez em termos constitucionais, da liberdade de organização sindical como direito fundamental dos trabalhadores.

Vital Moreira (1978, p. 35) define a constituição econômica como:

o conjunto de preceitos e instituições jurídicas que, garantindo os elementos definidores de um determinado sistema econômico, instituem uma determinada forma de organização e funcionamento da economia e constituem, por isso mesmo, uma determinada ordem econômica.

Em obra conjunta, Vital Moreira e Gomes Canotilho (1993, p. 383) sustentam que a constituição econômica é:

O conjunto de normas e princípios constitucionais que caracterizam basicamente a organização econômica, determinam as principais regras do seu funcionamento, delimitam a esfera de acção dos diferentes sujeitos econômicos, prescrevem os grandes objectivos da política económica, enfim, constituem as bases fundamentais da ordem jurídico-política da economia.

A definição acima colacionada alberga todos os elementos essenciais da Constituição econômica, consubstanciados na: definição do tipo de organização econômica; delimitação do campo entre a iniciativa privada e a pública; determinação do regime básico dos fatores de produção, capital e trabalho, e finalidade atribuída à atividade econômica (FERREIRA FILHO, 2008, p. 353).

Como seu conteúdo não se exaure no texto constitucional (GRAU, p. 78), surge a necessidade de diferenciar a Constituição econômica material da Constituição econômica formal.

A Constituição econômica formal seria “o conjunto de normas que, incluídas na Constituição, escrita, formal do Estado, versam sobre o econômico”, enquanto no sentido material, a Constituição econômica abrangeria: “todas as normas que definem os pontos fundamentais da organização econômica, estejam ou não incluídas no documento formal que é a Constituição escrita”. (FERREIRA FILHO, 2008, p. 353)

José Afonso da Silva pontua a importância da constituição econômica formal, ou seja, aquela que interpreta o sistema econômico e concede a este a forma capitalista. Seria ela garantidora dos elementos definidores de um determinado sistema econômico, estabelecendo os princípios fundamentais de determinada forma de organização e funcionamento da economia, e constituindo, por essa razão, uma determinada ordem econômica:

Reconhecemos valor ao conceito de constituição econômica, desde que não pensemos que as bases constitucionais da ordem econômica é que definem a estrutura de determinado sistema econômico, pois isso seria admitir que a constituição formal (superestrutura) constitua a realidade material (constituição material: infraestrutura). Mas também não se trata de aceitar um determinismo econômico mecânico sobre a realidade jurídica formal. Se esta é forma, torna evidente que recebe daquela os fundamentos de seu conteúdo. Mas a forma também influi na modelagem da matéria. (SILVA, 2012, p. 792)

A importância da Constituição econômica diretiva reside no fato de que ela não se limita a receber a ordem econômica praticada no mundo real, como ocorre na Constituição econômica estatutária, mas enuncia os fins da política econômica, postulando a implantação de uma nova ordem econômica (GRAU, 2008, p. 75-76).

Para Eros Grau (2008, p. 83-84), se uma Constituição não definir, no seu bojo, uma Constituição econômica diretiva, pode-se dizer que a teorização da própria Constituição econômica morreu.

Muito embora a expressão “Constituição Econômica” não deva ser tomada num sentido não jurídico (FERREIRA FILHO, 2008, p. 352), mesmo porque seu conceito é representado pelo conjunto de princípios e regras que definem tanto a estrutura como o modo de funcionamento de uma certa economia, a ponderação de Eros Grau se justifica na medida que é a Constituição econômica formal a responsável por moldar a política econômica de um País, revelando o íntimo comprometimento do econômico com o político.

Esse comprometimento é exteriorizado nos princípios constitucionais representativos da juridicização desse mesmo comprometimento, mas não evita que a realidade econômica por vezes se imponha às estruturas jurídicas.

Por esse motivo, a interpretação e aplicação das normas que tratam da ordem econômica devem ser consideradas de forma sistemática com os demais dispositivos constitucionais, em especial com os fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil.

A Constituição Econômica não trata a organização e funcionamento da economia de forma isolada dos demais dispositivos porque a ordem jurídica é sempre social, esteja ou não voltada para o econômico. A ordem jurídica se volta para a ordenação social dentro do sistema dual de iniciativa, no qual a iniciativa privada e o Estado atuam na ordem econômica, este último, dentro das limitações impostas pelo constituinte, visando a construção de uma sociedade igualitária.

## 2.2 A ordem e a Constituição Econômica na Carta de 1988

### 2.2.1 Adoção do sistema dual

A Constituição Federal de 1988<sup>36</sup> trouxe um capítulo dedicado à ordem econômica. E em sendo a ordem econômica uma parte da ordem jurídica, um produto da substituição da ordem jurídica liberal por uma ordem jurídica intervencionista (GRAU, 2008, p. 69), toma-se como ponto de partida a expressa adoção do regime capitalista: “somente se pode cogitar da intervenção em regimes que prestigiem a propriedade privada dos meios de produção, os contratos, a liberdade de empresa, de concorrência etc”. (MOREIRA, E. B., 2010d, p. 58)

A adoção ao método capitalista de produção<sup>37</sup> está expresso em mais de um momento na Constituição, ao tratar, por exemplo, do livre mercado, da propriedade privada, da liberdade de contratar, da necessidade de defesa ao consumidor, da repressão aos abusos contra a ordem econômica.

Deve-se observar, no entanto, que não se trata da adoção pura de tal modalidade de sistema, pois se admite a intervenção estatal de forma excepcional.

Sobre o tema, Geraldo Vidigal (1977, p. 42) apresenta clássica divisão entre o grau de intervenção nos modelos de Estado.

Para o autor, no Estado Liberal era propugnada a inação estatal como ideal social; no Estado Coletivista, se concebia toda economia controlada pelo Estado e todos os movimentos econômicos por ele determinados, e, por fim, no Estado dual, representante da síntese entre os Estados Liberal e Coletivista, tanto o Estado como os agentes econômicos privados interagiriam no mercado.

---

<sup>36</sup> Não será objeto de análise o conteúdo econômico das Constituições brasileiras anteriores, pois a visão histórica sobre a intervenção estatal do Estado enquanto agente direto da atividade econômica e como sancionador dos abusos praticados pela ordem econômica abordará os aspectos históricos necessários ao raciocínio traçado. Sobre os períodos anteriores consultar: ATHIAS, Jorge Alex. **A Ordem Econômica e a Constituição de 1988**. Belém: Editora Cejup, 1997; BAGNOLI, Vicente. **Direito Econômico**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p.39/52; BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1990, v.7, p. 9; SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeira Linhas de Direito Econômico**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2003, p.207/235.

<sup>37</sup> Ressalte-se, no entanto, que o regime/sistema assumido pela ordem constitucional é objeto de incontáveis ponderações doutrinárias. V.g. Eros Roberto Grau (2008, p.179 e seguintes) reúne as constatações de Geraldo Vidigal, Miguel Reale, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Raul Machado Horta, José Afonso da Silva, Washington Peluso Albino de Souza e Tércio Sampaio Ferraz sobre o tema.



Acerca do sistema dual e das ponderações de Geraldo Vidigal (NUSDEO, F., 2010, p. 188):

O Estado não mais intervém no sistema econômico. Integra-o. Torna-se um seu agente e uma habitual participe de suas decisões. O intrometimento e posterior retirada poderão ocorrer neste ou naquele setor, nesta ou naquela atividade. Jamais no conjunto. Daí as diversas expressões para caracterizar o novo estado de coisas: economia social de mercado, economia dirigida, economia de comando parcial, planejamento democrático e tantas outras. O Prof. Camargo Vidigal, após uma análise das principais, conclui por uma denominação feliz: economia de iniciativa dual. Esta caracteriza, com maior propriedade, os chamados sistemas mistos da atualidade, tal como vêm referidos em boa parte da literatura, sobretudo anglo-americana e francesa.

Ao adotar o sistema dual<sup>38</sup>, que permite a interação entre o Estado e os agentes econômicos, a Constituição Federal visa harmonizar o capitalismo e a construção de uma sociedade igualitária. Veja-se que a ordem econômica brasileira é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, com fins a assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (artigo 170, *caput* da Constituição Federal).

2.2.1.1 Interpretação sistemática do duplo pilar “livre iniciativa e valorização do trabalho humano”: ênfase no princípio da dignidade da pessoa humana

O artigo 170 da Constituição Federal estabelece a estrutura geral do ordenamento jurídico-econômico. O propósito do legislador em harmonizar o capital e o social destina-se à formação de um modelo de bem-estar social em que todos sejam responsáveis por sua realização (CARVALHO, 2008, p. 320):

a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa revelam que a Constituição de 1988 prevê uma sociedade brasileira capitalista moderna, na qual a conciliação e composição dos titulares de capital e de trabalho é uma necessidade a ser viabilizada pela atuação do Estado. (BAGNOLI, 2008, p. 63)

---

<sup>38</sup>Geraldo Vidigal (1977, p.49) sustenta que no sistema de iniciativa dual as normas de direito econômico se voltam para as relações entre os sujeitos privados pois a atividade econômica é exercida nos mercados e são as distorções do mercado que devem ser sanadas.

A livre iniciativa é expressão da liberdade titulada não apenas pela empresa, mas também pelo trabalho, e por isso mesmo, corolária da valorização do trabalho em uma sociedade livre e pluralista (GRAU, 2008, p. 207).

Sobre a livre iniciativa recaem obrigações de cunho positivo e negativo:

as de perfil negativo relacionam-se com a não intervenção do Estado, salvo nos casos determinados na própria constituição, criando-se e respeitando-se um espaço de autonomia da esfera privada. Já as obrigações de perfil positivo impõem ao ente público tomar medidas de modo a assegurar a própria existência e “fertilidade” desse âmbito privado, adotando medidas de estímulo à economia e ao desenvolvimento privado. (ROCHA, 2013)

Tais obrigações, se por um lado já importam na própria valorização do trabalho humano, já que este requer um mínimo de liberdade e de segurança no que respeita aos limites do âmbito privado e da interferência estatal, por outro se coadunam com a finalidade de assegurar a todos uma existência digna, em conformidade com os ditames da justiça social.

A justiça social quer significar a superação das injustiças na repartição do produto econômico, não apenas inspirados em razões micro, mas também macroeconômicas: “as correções na injustiça deixam de ser apenas uma imposição ética, passando a consubstanciar exigência de qualquer política econômica capitalista”. (GRAU, 2008, p. 225)

Em sendo a ordem econômica brasileira fundada no duplo pilar “livre iniciativa e valorização do trabalho humano”, sua interpretação deve ser realizada de maneira sistemática com os fundamentos da República Federativa do Brasil, em especial o princípio da dignidade da pessoa humana: “a proteção aos direitos humanos e a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana não são dever exclusivo do Estado, mas obrigação dos empresários e demais sujeitos que atuam no mercado”. (REALE, 2005, p. 447).

Egon Bockmann Moreira (2010d, p. 215-216) leciona que a Constituição brasileira é detentora de peculiaridades marcantes no campo da ordem econômica, pois ao mesmo tempo que celebra a livre empresa, estabelece limitações para a defesa de outros bens constitucionais e interesses sociais: “a economia brasileira assume o seu caráter de economia capitalista mista, qualificada não apenas no mundo do ser ou no nível legal”.

Ao celebrar o princípio da dignidade da pessoa humana, mesmo no contexto da ordem econômica (art. 1º, III, art.34, VIII, al.”b”, e art.170, caput), a Constituição Federal institucionaliza um capitalismo qualificado por princípios que afastam sua compreensão daquela proveniente do Estado Liberal clássico (MOREIRA, E. B., 2010d, p. 216):

Ora, é pacífico que, na justa medida em que os agentes econômicos privados detêm e exercitam o legítimo interesse de acumular lucros egoísticos crescentes, a atividade empresarial visa exatamente a esse objetivo primário, descurando de eventuais consequências sociais reflexas (caso positivas, tanto melhor; se não o forem, talvez o sejam no futuro).

Os investimentos são feitos e as empresas são organizadas para gerar lucros. Quaisquer consequências outras (dignidade da pessoa humana, justiça social etc.) são estranhas ao escopo primário do investimento privado, configurando consequências impertinentes. Numa perspectiva ultraliberal, quanto mais vantajosa, mais dinâmica e flexível a organização empresarial, proporcionalmente menores serão as suas preocupações sociais...

Assim, cumpre ao Estado estabelecer limites à atuação dos agentes econômicos privados, bem como gerar meios de uma melhor distribuição de riquezas... o fundamento último da limitação ao exercício abusivo do direito de lucro é o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que impõe a limitação à exploração da mais valia (Moreira, E. B., 2010b, p. 218).

Günter Frankenberg (2007, p. 315-316) expõe que a dignidade da pessoa humana deve ser utilizada “em conexão com” outros princípios jurídicos, demonstrando de forma clara que a indeterminação do conceito de dignidade da pessoa humana não assombra, mas pelo contrário, se define e se amolda de acordo com um determinado contexto:

Como princípio libertário, protege a individualidade, identidade e integridade. Como princípio social, a garantia da dignidade da pessoa humana assegura, recentemente, a existência no seu mínimo e a dignidade transforma-se, cada vez mais, de uma característica humana essencial em um encargo estatal de configuração. Cada um desses elementos da dignidade pode ser entendido mais precisamente em outros contextos, conforme a situação do caso, na ordem de igualdade e nas proibições de discriminação, no direito geral da personalidade e na proteção fundamental da integridade, ou no princípio estatal social.

Deve ser ponderado que o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser sempre um “fim orientado por um meio”, e não um meio de atingir algo: “a declaração de que a ordem econômica tem por fim assegurar a todos existência digna, por si só, não tem significado substancial, já que a análise dos princípios que

informam essa mesma ordem não garante a efetividade daquele fim”. (SILVA, 2012, p. 790)

A ordem econômica, como já pontuado, é parte da ordem jurídica e de seus fundamentos não pode se afastar sob pena de contradizer a estrutura sob a qual está fundada. No entanto, a dignidade da pessoa humana não é um meio para atingir uma ordem econômica que assegure a todos uma existência digna e conforme os ditames da justiça social<sup>39</sup>, mas é um fim a ser atingido tomando em consideração os princípios que regem essa mesma ordem econômica, a serem aclarados oportunamente.

#### 2.2.1.2 O Estado social intervencionista brasileiro e as falhas do sistema dual

A convivência do sistema capitalista com objetivos de melhoria de condição de vida não é possível sem a presença do Estado no domínio econômico (CARVALHO, 2008, p. 329):

A consecução dos objetivos maiores do Desenvolvimento e do Bem-Estar Social depende do que sejam previamente assegurados alguns objetivos imediatos que, embora nitidamente subordinados àqueles valores, assumem o caráter de condição para que as metas finais possam ser alcançadas. Entre esses objetivos-meio merecem destaque especial o pleno emprego, a escala de produção, as condições para competir, a repartição das rendas sociais.

Assim como no jogo de xadrez não se pode almejar diretamente à captura do rei adversário – e é indispensável desenvolver as peças, lutar pelo domínio do centro, buscar a conquista de casas e de linhas fortes, perseguir

<sup>39</sup> A adoção do princípio da dignidade da pessoa humana como meio de atingir um objetivo pode culminar em construções teóricas fervorosas. Sob esse prisma, Ricardo Sayeg e Wagner Balera (2012) defendem a tese do chamado “capitalismo humanista”, propondo um novo caminho jurídico por meio da Lei Universal da Fraternidade. Por intermédio de uma filosofia humanista, sustentam que a ideologia capitalista deve ser centrada na pessoa humana e no planeta. Propõem a inserção da multidimensionalidade dos direitos humanos no capitalismo, inserindo neste, ao lado da já consagrada liberdade, a igualdade e a fraternidade: “Pretendemos assim, por meio da concretização universal dos direitos humanos em suas três dimensões subjetivas – liberdade, igualdade e fraternidade – lançar um novo olhar jurídico sobre a economia, elevando o mercado, de sua conhecida e mítica condição de ambiente selvagem e desumano, a uma economia humanista de mercado para satisfação universal do direito subjetivo inato, correspondente à dignidade da pessoa humana em suas dimensões de democracia e paz. Como afirma Marques da Silva ‘a dignidade decorre da própria natureza humana’. Isso tudo será efetivado sob a perspectiva do espírito objetivo da humanidade, síntese do tomismo antropofílico culturalista, em uma reviravolta em prol do homem, de todos os homens e do planeta, tendo como base um humanismo que insufla a jus-humanismo normativo, consagrador de um Planeta Humanista de Direito” (2012, p.18). Parte-se de uma concepção cristã de que o humanismo não pode fechar os olhos aos valores do espírito e de Deus, com adoção da dignidade da pessoa humana como pedra de toque do regime capitalista, e o “transporte teórico da Lei Universal da Fraternidade para o Direito Econômico”.

pequenas vantagens de material, de espaço, de tempo, de posição – assim também só mediata e indiretamente pode o Direito Econômico promover, nos mercados, as condições jurídicas para as peculiares corporificações do ideal de Justiça que são o Desenvolvimento e o Bem-Estar Social. (VIDIGAL, 1977, p. 52)

O Estado do Bem-Estar Social é resultado da necessidade de desenvolvimento econômico calcado na diminuição de desigualdades para a condução e imposição de limites à liberdade individual assegurado pelo Estado Liberal.

Esse modelo se compatibiliza com a intervenção estatal na economia, em especial com a intervenção direta, provedora da infraestrutura de funcionamento, como energia, transportes e comunicação, e oferta de qualificação de mão de obra, tais como serviços da indústria e do comércio. (RIBEIRO, 1998, p. 103)

No entanto, o Estado Social brasileiro não se assemelha ao *Welfare State*<sup>40</sup> europeu, que foi construído em face do esgotamento do modelo liberal, em momento de reestruturação do capitalismo industrial de cunho liberal clássico. (MENDES, 2008, p. 250)

No caso europeu, a edificação do Estado Social experimentou conotações e intensidades diversas, a refletir o estágio de evolução da economia dos diversos países. Como os países da Europa Ocidental já eram industrializados, o dirigismo racional visava principalmente a integração econômica externa (CARVALHOSA, 1973, p. 161).

No caso de países subdesenvolvidos, como o Brasil, que buscava ingressar no estágio de produção industrial, não houve propriamente um Estado Social fruto de lutas de classes antagônicas típicas do capitalismo<sup>41</sup> (MENDES, 2008, p. 251):

Em países periféricos no processo de desenvolvimento do sistema capitalista – em geral os países de industrialização tardia, que, no contexto

<sup>40</sup> Conjunto de instituições cujo objetivo é assegurar ao conjunto de cidadãos um mínimo de atendimento às necessidades, particularmente no campo da saúde e saneamento, da educação e cultura, dos benefícios da seguridade social e, consequentemente, na orientação do aparelho produtivo à geração dos bens e serviços correspondentes. (NUSDEO, F., 2010, p. 216)

<sup>41</sup> Carvalhosa (1973, p. 163) expõe que diante da diversidade do contexto dos países desenvolvidos e subdesenvolvidos, o mundo ocidental dividiu-se em duas tendências quanto a forma de governo: “o Estado Social-Democrático, próprio dos países industrializados, e o Estado Autoritário-Social, nos países que se lançam no procura do desenvolvimento: “ambos têm objetivos comuns, já que visam o bem-estar econômico coletivo – através do binômio do pleno desenvolvimento de todas as forças produtivas e de um sistema justo de distribuição de riquezas”.

de organização política e atuação da classe empresarial nacional, não conseguem criar poupança interna para o desenvolvimento da economia de forma não dependente do capital externo -, surge, com a necessidade de industrialização, o Estado tecnoburocrático-capitalista dependente. (MATTOS, 2006, p.109)

O Estado Social intervencionista brasileiro se desenvolveu de forma rápida com a finalidade de permitir a implantação não conflituosa das estruturas econômicas necessárias à industrialização.

Portanto, diferentemente do que ocorreu no contexto da industrialização da Europa, no qual houve disputa entre os interesses de classe que culminou na opção pela democracia representativa como o melhor sistema político para conciliar os interesses da classe trabalhadora e dos industriais, no Brasil a associação entre democracia e acumulação capitalista teve consequências diversas<sup>42</sup>:

Esse argumento pode ser ilustrado empiricamente a partir de duas constatações: em primeiro lugar, o fato de o Estado tecnoburocrático-capitalista dependente ter-se desenvolvido no Brasil diretamente associado a regimes autoritários, tendo o seu ápice no regime ditatorial de 1964-1985, com o enfraquecimento do Congresso e supressão de direitos políticos; em segundo lugar, o fato de os canais de circulação de poder político terem sido concentrados essencialmente na figura do Presidente da República, enquanto chefe da administração direta e responsável pela formulação de políticas públicas a serem executadas por órgãos da administração indireta ou pelas empresas estatais. (MATTOS, 2006, p. 116)

O breve parêntese revela que o Estado Social ainda carece de real concretização no cenário brasileiro.

Os impedimentos para tal propósito, no entanto, são reflexos das inoperacionalidades do próprio sistema dual, que como todo mecanismo que opera buscando harmonizar valores distintos, apresenta imperfeições e vulnerabilidades.

São seis as principais causas desse funcionamento insatisfatório:

1. principais motores diversos: as lógicas de funcionamento do setor público e privado são diversas, o que importa em concluir que “o Direito como sistema instrumental da Política não conseguirá impor à Economia de base hedonista padrões exógenos a ela, mas apenas injetar-lhe estímulos para serem processados endogenamente segundo sua mecânica” (NUSDEO, 2010, p.218);

<sup>42</sup>Para aprofundamento ver: FURTADO, Celso. **Desenvolvimento e subdesenvolvimento**. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1965; PEREIRA, Luis Carlos Bresser. **A sociedade estatal e a tecnoburocracia**. São Paulo: Brasiliense, 1981; CARDOSO, Fernando Henrique. **Autoritarismo e democratização**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1975.

2. juridificação: representa a multiplicação de normas legais e regulamentares que não é adequadamente absorvida pelo mercado, prejudicando os resultados que motivaram sua edição;
3. captura: fenômeno que ocorre quando as exigências regulamentares passam a se amoldar às conveniências e interesses das unidades reguladas ou de alguma delas<sup>43</sup>;
4. interesses próprios dos reguladores: os objetivos próprios dos reguladores acabam minando o empenho original dos objetivos oficiais para os quais as agências foram criadas;
5. grupos de pressão: a procura por legislação é respondida pelos políticos e legisladores com oferta de dispositivos legais. Muito embora a prática possa se configurar legítima, também pode visar apenas o aumento de lucratividade de quem as exerce;
6. poder da burocracia: a máquina burocrática pode conduzir a processo de edição de medidas de acordo com as preferências dos grupos envolvidos.

Como seria irrealista o Estado abdicar de colocar o sistema econômico em um padrão mínimo de desempenho, o sistema dual persiste mesmo diante de tais deficiências. (NUSDEO, 2010, p. 220-221).

As falhas apresentadas pelo sistema não desnaturam a conclusão de que: “há um modelo econômico definido na ordem econômica na Constituição de 1988, desenhado na afirmação de pontos de proteção contra modificações extremas, que descrevo como modelo de bem-estar”. (GRAU, 2008, p. 312)

O modelo de ordem econômica desenhado pela Constituição Federal é baseado em princípios que informam a atividade dos particulares e a atuação excepcional do Estado, afastando a ideia de que o texto constitucional seria meramente descritivo. Afasta, na linha do raciocínio até agora traçado, a ideia de uma Constituição meramente estatutária<sup>44</sup>.

---

<sup>43</sup>A teoria da captura procura demonstrar em que medida o conteúdo de determinada norma que consubstancia determinada política pública favorece as empresas reguladas e não os consumidores. (MATTOS, 2006, p. 61)

<sup>44</sup>Constituição estatutária seria aquela que se basta a definir um estatuto do poder, concebendo-o como mero “instrumento de governo”, enunciadora de competências e reguladoras de processos, ao contrário da Constituição diretiva ou programática, que define o quadro de diretrizes políticas, coerentes com determinados objetivos por ela também enunciados. Portanto, enunciam programas, diretrizes e fins a serem pelo Estado e pela sociedade realizados (GRAU, 2008, p. 75).

### 2.2.2 Princípios informadores da ordem econômica brasileira

Após dispor que a ordem econômica brasileira é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, e tem por fim assegurar a todos existência digna conforme os ditames da justiça social, o artigo 170 arrola seus diversos princípios informadores.

A análise principiológica e sua distinção com as regras é objeto de extenso debate no qual não se pretende ingressar<sup>45</sup>. Em concordância com Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2008, p. 395), e para os fins propostos por esse trabalho, é suficiente a distinção entre princípios e regras baseada em um critério formal.

Por esse critério<sup>46</sup>, os princípios seriam normas jurídicas com máxima generalidade, enquanto as regras seriam normas jurídicas com hipótese restrita e com dispositivo (mais ou menos) preciso. Dessa forma, enquanto as regras são mutáveis e aplicáveis a situações mais ou menos específicas, os princípios são a base do sistema, caracterizados por sua abstração e generalidade.

Os princípios teriam, ao menos, nove funções identificáveis: a função axiológica, ao indicar valores e a base interpretativa do sistema; função sistêmica, que possibilita a ordenação do conjunto; função integrativa no preenchimento de lacunas; função nomogenética ou inspiradora de normas, função irradiante de comunicação dos valores a todo sistema; função provocativa de conteúdo aplicativo; função inibidora impeditiva da prática de atos violadores de seu conteúdo e função limitativa na qual preceitos e atos concretos são parcialmente inibidos. (RIBEIRO, 1998, p. 242)

<sup>45</sup>Sobre o tema consultar: NEVES, Marcelo da Costa Pinto. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. Brasília: UNB, 2010; SILVA, Virgílio Afonso da. **Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção**. In: Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, n. 1. Belo Horizonte: Del Rey, pp.607/30; GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. São Paulo: Malheiros Editora, 2006; SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2008; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1987.

<sup>46</sup>Embora deva ser ressaltado que tanto regras como princípios são normas: “as normas jurídicas, em geral, e as normas constitucionais, em particular, podem ser enquadradas em duas categorias diversas: as normas-princípio e as normas-disposição. As normas-disposição, também referidas como regras, têm eficácia restrita às situações específicas às quais se dirigem. Já as normas-princípio, ou simplesmente princípios, têm, normalmente, maior teor de abstração e uma finalidade mais destacada dentro do sistema”. (BARROSO, 2005, p.147)



A consagração do sistema de iniciativa dual com império da atividade econômica, da livre iniciativa e da propriedade privada dos bens de produção, e mediante a proteção e garantia de valores sociais, na forma pretendida pela Constituição Federal de 1988, repousaria no reconhecimento da função axiológica, provocativa, inibidora e limitativa dos princípios da ordem econômica. (RIBEIRO, 1998, p. 242-243):

Os valores a conduzir a ordem econômica, estampados no texto constitucional, são os valores do mercado, da livre concorrência, da propriedade privada e da soberania nacional, mas também da função social da propriedade. Assim, estas seriam as finalidades perseguidas: a existência digna, a defesa do consumidor, do meio ambiente, a redução das desigualdades sociais e a busca do pleno emprego.

A atividade promocional dos princípios é facilmente identificável no campo do direito econômico. O Estado pode, por meio de benefícios e incentivos, acelerar a prática de condutas econômicas de interesse social...

Nas situações de infração aos preceitos, destaca-se a função inibitória, repressora... a função inibitória também aparece sancionando os abusos nas relações de consumo. No campo da propriedade privada, atua substituindo a decisão individual ao determinar uma edificação compulsória, desapropriando imóveis não produtivos e reprimindo a especulação imobiliária e a subutilização urbana.

Finalmente, no desvelar da função limitadora, estão as formas excepcionais de intervenção direta na economia por meio das sociedades estatais.

Os princípios que regem a ordem econômica podem parecer dissonantes<sup>47</sup>, mas, analisados no contexto geral revelam a orientação da Constituição para um modelo econômico de bem-estar social.

1. Soberania nacional: A soberania nacional é não só princípio da ordem econômica como também fundamento da República Federativa do Brasil, atuando como elemento propulsor do Estado<sup>48</sup>.

<sup>47</sup>Segundo Athias (1997, p.140): “Quase diríamos saudável, que a Constituição se preste a tantas e tão diversas leituras, máxime no que pertine ao tratamento dado à ordem econômica. É que, em nenhum ponto do texto constitucional – e nem poderia ser diferente – sobressaem de forma mais evidente as contradições da sociedade brasileira, do que no capítulo relativo à Ordem Econômica. Afloram essas contradições de maneira nítida, em especial, nos princípios constitucionais que deveriam reger essa ordem, que pretendem conformar e estruturar aquilo que existe no mundo do ser, ao mesmo tempo que procuram alternativas para um dever ser, entremeando o real o estritamente jurídico de forma notável”.

<sup>48</sup>Para Massau (2011): “A soberania surge com a idéia de poder superior de contraposição entre o poder do Estado e outros poderes, sejam originados interna ou externamente. No caso interno, o poder soberano é insubordinável e, no externo, ele é independente. Ela indica a prevalência de um único poder em dado território e sobre determinada população. Significa admitir a imposição, por parte do poder soberano, de normas *jurídicas* ordenadoras da dinâmica do ambiente social interno, além de implementar as políticas estabelecidas pelo *ente soberano*. Esse poder, para ser soberano,

A duplicidade na previsão se justifica na medida que um País só é verdadeiramente soberano se for política e economicamente autônomo.

Visa estabelecer, no plano externo, a independência, a coordenação e a não submissão em relação à economia e tecnologia estrangeiras, e foi alocada como princípio da ordem econômica na dimensão interna e externa.

Na dimensão interna, atua como um limite e uma segurança para os particulares que desenvolvem atividade econômica devidamente respaldados em um Estado do Direito. Na dimensão externa, atua como princípio garantidor de independência estatal relativamente à pressões externas.

No âmbito da ordem econômica, não pode haver espaço para permitir uma concepção restrita de soberania, sob pena de afronta à independência do Estado Brasileiro. A soberania, em sua dimensão interna, requer uma mínima estrutura estatal capaz de suportar as pressões indevidas, a ser observada tanto pelo Estado como pelos particulares.

2. Propriedade privada e função social da propriedade: a propriedade privada é prevista também como direito individual (artigo 5º, XXII da CF), configurando princípio típico das economias capitalistas, sem o qual não existiria segurança jurídica para os agentes econômicos atuarem no mercado:

A propriedade privada exerce uma função legítima ao constituir uma forma de se prover, prover o indivíduo e sua família. Mas, este exercício de poder é juridicamente condicionado ao interesse da coletividade, sobretudo na categoria bens de produção. Sua destinação não pode ser relegada ao princípio da autonomia individual de forma absoluta, sobre pena de possibilitar o afastamento de sua função social. (RIBEIRO, 1998, p. 57)

---

não pode estar submetido (depende) de forma alguma de nenhum outro, o que implica admitir as seguintes características tradicionais: unidade, indivisibilidade, inalienabilidade e imprescritibilidade. Portanto, a soberania expressa a *condição autônoma* do Estado (na sua acepção de Nação) diante dos demais *entes* estatais que, de igual forma, possuem e igualmente as suas são respeitadas pela suas respectivas soberanias. O *respeito recíproco* é, justamente, uma regra mantenedora da convivência pacífica nas relações internacionais.

**Como os outros dois elementos, a soberania também sofre as consequências da contemporaneidade, a ponto da sua concepção tradicional não suportar a carga das mudanças decorrentes do processo de *globalização* e da complexidade constituída pelas novas condições de *vida*. A realidade indica a superação e a revisão dos adjetivos tradicionais portados por ela, justamente pelo fato da localização no mesmo patamar (formalmente) dos demais Estados, igualando as suas relações na ordem internacional, e pela nova realidade exsurgente a exigir modificações na concepção de soberania. (grifo nosso)**

Estabelecida a proteção do direito de propriedade, o constituinte originário determinou também o atendimento a sua função social, impondo ao proprietário o uso de sua propriedade em prol do coletivo, da segurança e bem-estar dos cidadãos, dela não podendo fazer uso nocivo, que degrade o meio-ambiente, e ainda, respeitando as disposições que regulam as relações de trabalho. (ARAÚJO, 2008, p. 49).

3. Livre concorrência: A livre concorrência<sup>49</sup> garante aos agentes econômicos a oportunidade de competirem de forma justa no mercado, sendo um desdobramento do princípio da livre iniciativa. O § 4º, artigo 174 da Constituição Federal veda o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

Vedar o abuso, no entanto, não importa em condenar o exercício do poder econômico, que pode ser exercido amplamente inclusive como decorrência da adoção do sistema dual.

4. Defesa do Consumidor: Com relação à defesa do consumidor, adotando o sistema o regime capitalista, nada mais lógico do que proteger juridicamente aqueles que consomem.

Eros Grau (2008, p. 250-251) ressalta três aspectos desse princípio. O primeiro reside no fato de que a defesa do consumidor carrega em si a virtude capitalista, promovendo a otimização dos interesses do trabalho.

O segundo aspecto diz respeito ao conceito de consumidor, que se encontra em uma posição de debilidade e subordinação estrutural em relação ao produtor do bem ou serviço do consumo: “garantir a livre concorrência no mercado significa, numa perspectiva de análise, defender o bem-estar econômico do consumidor, que sai prestigiado com produtos e serviços de maior qualidade e preços mais vantajosos”. (BAGNOLI, 2008, p. 66)

Por fim, o terceiro aspecto expressa o caráter conformador do princípio, pois sua promoção há de ser lograda mediante a implementação de específica normatividade e de medidas dotadas de caráter interventivo.

---

<sup>49</sup>Será objeto de análise pormenorizada quando da análise da intervenção estatal como agente sancionador da ordem econômica.

5. Defesa do meio-ambiente: A tutela jurídica do consumidor é compreensível no quadro econômico das assimetrias de repartição, pois a concentração empresarial tende à dominação da parte hipossuficiente na relação contratual.

A defesa do meio-ambiente importa em considerar a exploração dos recursos ambientais pautada no desenvolvimento sustentável.

O conceito de desenvolvimento sustentável alberga três dimensões: a dimensão humana, correspondente à saudável qualidade de vida (direito ao meio-ambiente); a dimensão ecológica, consubstanciada na proteção dos recursos naturais (direito do meio-ambiente), e a dimensão econômica, que justifica a previsão do referido inciso no *caput* do artigo 170 da Constituição Federal (direito sobre o meio-ambiente).

A harmonização dessas três dimensões formam o conceito de desenvolvimento sustentável (ANTUNES, 2008, p. 15):

A inclusão do “respeito ao meio ambiente” como um dos princípios da atividade econômica e financeira é medida de enorme importância, pois ao nível mais elevado de nosso ordenamento jurídico está assentado que a licitude constitucional de qualquer atividade fundada na livre iniciativa está, necessariamente, vinculada à observância do respeito ao meio ambiente ou, em outras palavras, à observância das normas de proteção ambiental vigentes. Relevante anotar que as dificuldades ocasionadas por uma legislação ambiental extremamente fragmentária, com competências legais e administrativas mal definidas, fizeram com que o Poder Constituinte derivado determinasse um “princípio” que se expressa em tratamento diferenciado (*rectius*: diferente) em função do impacto ambiental produzido pela atividade.

A política econômica<sup>50</sup> deve zelar pelo desenvolvimento da atividade econômica sem perder de vista a conservação dos recursos naturais e da melhora da qualidade de vida da população.

6. Redução das desigualdades regionais e sociais: A previsão de redução das desigualdades regionais e sociais afirma os objetivos previstos no artigo 3º, III da Constituição Federal, tratando, em verdade, do reconhecimento explícito de marcas que caracterizam a realidade nacional: pobreza, marginalização de desigualdades, sociais e regionais.

---

<sup>50</sup>Entendida como “programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”. (BUCCI, 2002, p. 241)

Nesse ponto, portanto, a Constituição postula o rompimento do processo de subdesenvolvimento do País, por meio da instalação de uma sociedade estruturada nos moldes do bem-estar social (GRAU, 2008, p.219)

7. Busca do pleno emprego: A busca do pleno emprego se harmoniza com a meta desenvolvimentista e redistributivista de renda: “contendo, no mínimo, eficácia negativa no sentido de impedir a adoção, por parte do poder público, de políticas econômicas e salariais recessivas e geradoras de desemprego e subdesemprego ou que desestimulem a ocorrência de quaisquer ocupações ilícitas”. (ARAÚJO, 2008, p.55)

Tal princípio também carrega a imposição de respeito aos direitos sociais (art.6º CF) e trabalhistas (art.7º CF) por parte do setor privado, harmonizando com o princípio da propriedade privada e da função social da propriedade.

8. Tratamento favorecido para empresas de pequeno porte: O tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte revela a necessidade de se proteger as empresas de menor porte que possuem menores condições de competitividade com grandes empresas, conjugando-se com os princípios da valorização do trabalho humano e da busca pelo emprego:

o tratamento diferenciado pode ser interpretado como uma forma de o Estado nivelar o campo de jogo (*the level playing field*), para assegurar condições mínimas ao pequeno estabelecimento empresarial de competir no mercado com concorrentes maiores e mais aptos à disputa (BAGNOLI, 2008, p. 68)

9. Livre exercício de atividade econômica: o livre exercício da atividade econômica adquire com a previsão constitucional: “o caráter de instrumento de uma racional manipulação de recursos raros, necessários ao processo produtivo, visando a sua apropriação por todo o corpo social”. (CARVALHOSA, 1973, p. 35)

Seu exercício importa no atendimento dos interesses do empresário, dos consumidores e da coletividade em geral. Possui, portanto, papel essencial para o desenvolvimento nacional: “o ponto sensível da livre iniciativa está na liberdade de empresa, que deve ser entendida em três vertentes (liberdade de investimento ou de acesso; liberdade de organização e liberdade de contratação”. (MOREIRA, E. B., 2010d, p. 215)

A ordem econômica é dotada de um dinamismo e fluidez que não possibilita sua compartilhização: “Não se pode admitir que o legislador constituinte brasileiro

pudesse conceber a unidade da ordem econômica como simples expressão verbal, representando-a na realidade em uma série de compartimentos isolados”. (VENÂNCIO FILHO, 1998, p. 54)

Daí se vê que o princípio da livre iniciativa tempera-se pelo da iniciativa suplementar do Estado; o princípio da liberdade de empresa corrige-se como da definição da função social da empresa; a liberdade de lucro e de competição encontra moderação com o princípio da repressão ao poder econômico; o princípio da liberdade de contratação limita-se pela aplicação dos princípios da valorização do trabalho, e o princípio da propriedade privada encontra seu limite no princípio da função social. (MOREIRA NETO, 1989)

Como não podem, nem devem ser manipuladas separadamente, as partes do todo constitucional encontram nos princípios o material necessário para harmonizar eventuais conflitos interpretativos.

Em se tratando dos princípios da ordem econômica, sua natureza corretiva perfaz um conjunto cogente de comandos normativos, que deriva do próprio postulado da liberdade, pois importam em fixar suas possibilidades de exercício e seus limites levando consideração toda a disciplina constitucional.

## **2.3 O “gênero” intervenção estatal no domínio econômico**

### **2.3.1 Aspectos conceituais**

O termo intervenção carrega uma carga ideológica liberal de repúdio de qualquer interferência do Estado no domínio econômico (SOUZA, 1980, p. 399).

Trata-se de um vocábulo utilizado com o escopo de conotar uma situação de intromissão sobre espaço que não pertence ao interventor (BONFIM, 2011, p. 95):

Essa ideia aparece logo no art. 4º, IV, da Constituição Federal quando se estabelece que a República Federativa do Brasil se rege, nas suas relações internacionais, dentre outros, pelo princípio da não-intervenção, sendo também facilmente constatado esse sentido (de intromissão) quando são analisadas as regras que autorizam a intervenção da União sobre os Estados, bem como dos Estados sobre os Municípios.

Como ao intervir o Estado entraria em campo que não lhe pertence, o campo pertencente à sociedade, o termo remeteria à ideia de cisão entre Estado e

sociedade civil. Fala-se, por consequência, de integração (NUSDEO, 2010, p. 188), ação (SOUZA, 2003, p. 317) ou atuação (GRAU, 2008, p. 109) do Estado na economia.

Eros Grau, em prefácio de livro de Avelãs Nunes (2012, p. 8) alega que a história que hoje vivemos permite cogitar-se da cisão entre Estado e sociedade: “a sociedade civil é ainda nesse passo tomada pelo mercado e a serviço deste o Estado capitalista, Estado de classes, atua à braçadas”.

De toda forma, à primeira vista as expressões “intervenção”, “atuação”, ou “ação” são sinônimas, considerando que toda intervenção estatal é expressiva de uma atuação do Estado. A recíproca, no entanto, não é verdadeira, pois nem toda atuação estatal pode ser considerada intervenção. (RAMOS FILHO, 2009, p. 66)

Egon Bockmann Moreira rejeita as doutrinas que se insurgem contra a utilização do termo “intervenção”, expondo que, muito embora a intervenção seja apenas uma das modalidades de atuação econômica do Estado, a utilização dos vocábulos mais abrangentes poderia importar em uma ampliação desmedida do conceito de ação econômica, vindo a englobar ações que sequer dizem respeito ao Direito Econômico ou ao Direito Administrativo da Economia:

Por exemplo, é incontroverso, tanto em termos econômicos como jurídicos, que o Estado está a realizar “ações econômicas” em sentido lato ao realizar compras de bens e serviços; ao contratar servidores públicos; ao prestar educação pública; ao decretar estado de calamidade pública; ao aprovar uma emenda constitucional que disponha acerca da criação de novos tribunais; quando imprime e vende o Diário Oficial; ao desenvolver atividades relativas à segurança e à defesa nacional etc.

Vislumbrado em toda a amplitude que ele contempla, o conceito pode vir a significar tudo o que o Estado realiza. Logo, é de escassa utilidade no plano do Direito Econômico e do Direito Administrativo da Economia. (MOREIRA, E. B., 2004b, p. 173)

Utilizando-se, portanto, do termo “intervenção”, conceitua a intervenção econômica estatal como:

O manejo de instrumentos jurídicos que permitam a interposição da autoridade pública no mercado econômico privado, alterando as relações postas entre os particulares, as opções econômicas primárias destes ou o resultado de tais ações e opções, visando a atingir resultados macro ou microeconômicos orientados pela tutela ao interesse público primário. Trata-se do exercício do poder econômico estatal institucionalizado – oriundo não do mercado, mas sim do Direito. (MOREIRA, E. B., 2004b, p.144)

Para Washington Albino de Souza (2003, p. 319), a intervenção pode ser conceituada como um fato político ao traduzir a decisão do poder econômico atuante no campo que determina, e como fato jurídico quando institucionalizada, regulamentada pelo Direito.

### 2.3.2 Objetivos e ordens motivacionais da intervenção

A intervenção tem por objetivo imediato a alteração da conduta ou dos resultados econômicos dos agentes privados, enquanto os objetivos mediatos dizem respeito não só aos agentes individuais, mas também numa perspectiva da macroeconomia, que atenta para a escala global dos fenômenos e a sua distribuição estrutural (MOREIRA, E. B., 2004b, p.145):

Qualquer que seja a forma de atuação, a intervenção tem o objetivo de promover o bem estar social e o desenvolvimento econômico através da transformação das estruturas sócio-econômicas, através da conciliação dos dois maiores fatores da estabilidade econômica, quais sejam a iniciativa privada e a ação estatal, com a finalidade de atendimento do interesse coletivo sem impedir a atuação particular e procurando distribuir os frutos dessa atuação de forma mais justa. Essa intervenção tem um objetivo redistributivo, desempenhado pelos mais diversos meios, inclusive mediante operações de finanças públicas, organizando a sociedade na perspectiva da justiça social por meio da melhoria da produção e da distribuição equilibrado do que é produzido. (BRITO, 1983, p .370)

Citando Farjat, Washington Peluso Albino de Souza (1980, p. 435-436) leciona que a intervenção pode ter dois objetivos diversos, consoante de configure como uma intervenção social ou protetora, ou uma intervenção concentracionista.

No primeiro caso, a intervenção é marcada pelos encargos assumidos pelo Estado em relação aos serviços sociais, como pelo que se considera o direito social da empresa. No segundo, a intervenção utiliza as mais variadas técnicas de concentração, com incitação e estímulo à ordem pública econômica.

Nessa mesma linha de raciocínio, Fabio Nusdeo (1995, p. 22, 27) remete às duas ordens de motivação da intervenção estatal:

Em primeiro lugar, ele atua no sentido de suprir certas disfunções na mecânica operacional do mercado. Age, assim, 'pro' mercado, no sentido de bem fazê-lo se desincumbir de sua missão, sem lhe impor, deliberadamente, padrões de desempenho. Em segundo lugar, ele se faz presente com o fito, aí sim, de impor um desempenho consentâneo com objetivos adrede estabelecidos a nível político...



Em outras palavras, uma coisa é a ação oficial 'pro' mercado ou 'proeter' mercado e outra é a sua intervenção contra mercado, isto é, no sentido de o levar a desempenho certamente diverso daquele que ostentaria caso a intervenção não se realizasse.

Como o objetivo mediato da intervenção se pauta por uma ótica macrojurídica, visa salvaguardar o próprio interesse geral por intermédio da ação de “coordenar”, “regular”, “controlar”, “regulamentar” entre outros meios (SOUZA, 2003, p. 327).

Por essa ótica, representa uma garantia para a ideologia capitalista, e como pontua Avelãs Nunes (1972, p.125), a intervenção do Estado não poderá ser entendida: “como uma limitação ou um desvio imposto aos próprios objectivos das empresas, mas antes como uma diminuição de riscos e uma garantia de segurança maior na prossecução dos fins últimos de acumulação capitalista”.

Nas constituições brasileiras, os princípios ideológicos do capitalismo sempre foram adotados, sejam combinados com o liberalismo (Constituições de 1824 e de 1891), e com o neoliberalismo (Constituições de 1934,1937,1946, 1969, 1969 e 1988): “a partir de 1934... essas constituições se definem como “intervencionistas”, não somente nos artigos que mencionam explicitamente o fato “intervenção”, mas em todos os demais que traduzem outras tantas afirmativas desse principio” (SOUZA, 2003, p. 322).

As cartas constitucionais que celebram o sistema de iniciativa dual fixam a intervenção do Estado na econômica como uma exceção, pois destinada apenas a garantir ou corrigir o sistema. Esse é o caso da Constituição de 1988, que adotou a técnica de redação pela excepcionalidade, como se infere de seu artigo 173<sup>51</sup>.

<sup>51</sup> Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade;

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;

III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;

IV - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários;

V - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores.

### 2.2.4.3 Modalidades de intervenção

A intervenção do Estado no domínio econômico<sup>52</sup> comporta diversas classificações de acordo a época histórica, conteúdo, elementos do direito econômico, entre outros. De todo modo, a atividade estatal sempre acaba sendo singularizada conforme ela seja de coação, de estímulo/persuasão, ou de prestação.

Esses três tipos conformam a atuação em direta e indireta.

A intervenção direta é ativa, pois ocorre para regularizar, produzir bens e gerenciar atividades econômicas particulares. A intervenção será indireta se exercida sobre o comportamento dos indivíduos impondo limitações, prestando auxílios por meio de certas técnicas como a criação de infraestruturas, a adoção de política econômica dirigista, ou fomento econômico. (BRITO, 1983, p. 370)

Nessa linha de raciocínio, para José Afonso da Silva, o Estado pode apresentar três funções distintas no domínio econômico: pode atuar como agente fiscalizador da atividade econômica exercida pelos particulares, como agente normativo ou como agente direto da atividade econômica.

A participação ocorre quando o Estado atua como agente fiscalizador e normativo, enquanto que a intervenção ocorre quando o agente intervém diretamente na atividade econômica por meio do monopólio<sup>53</sup> ou quando assim exigir a segurança nacional ou o interesse coletivo relevante, na forma definida em lei. (SILVA, 2012, p. 806)

Na classificação de Eros Roberto Grau, quando o Estado atua em área de sua titularidade, pratica atuação estatal, que é ação do Estado na atividade econômica em sentido amplo. Quando atua em área de titularidade de iniciativa privada, pratica intervenção, que é atuação estatal no âmbito da atividade econômica em sentido estrito, ou seja, intervenção do Estado no domínio econômico.

---

<sup>52</sup>Sobre a presença do vocábulo intervenção nas constituições brasileiras: SOUZA, Washigton peluso albino de. O “Discurso Intervencionista” nas Constituições Brasileiras. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Caderno de Direito Econômico I**. São Paulo: Editora Resenha Tributária, 1983.

<sup>53</sup>Pontua o autor (2012, p.788) que o modo de produção capitalista não abandona sua natureza diante da intervenção do Estado na economia, seja pela exploração direta da atividade econômica, seja através da instituição de monopólios: “porque essa atuação estatal ainda se insere no princípio básico do capitalismo que é a apropriação exclusiva por uma classe dos meios de produção, e, como é essa mesma classe que domina o aparelho estatal, a participação deste na economia atende a interesses da classe dominante”.

Diante da distinção entre intervenção (atuação estatal no campo da atividade econômica em sentido estrito) e atuação estatal (ação do Estado no campo da atividade econômica em sentido amplo), considera imprescindível a distinção entre atividade econômica e serviço público, concluindo que o gênero atividade econômica compreende as espécies serviço público e atividade econômica em sentido estrito (GRAU, 2008, p. 101):

A determinação dos sentidos que assume a expressão atividade econômica nos arts. 170, 173 e seu § 1º e 174 da Constituição de 1988 pode ser operada.

Por certo que, no art.173 e seu § 1º, a expressão conota atividade econômica em sentido estrito. O art.173, caput, enuncia as hipóteses nas quais é permitida ao Estado a exploração direta de atividade econômica. Trata-se, aqui, de atuação do Estado – isto é, da União, do Estado-membro e do Município – como agente econômico, em área de titularidade do setor privado. Insista-se em que atividade econômica em sentido amplo é território dividido em dois campos: o do serviço público e o da atividade econômica em sentido estrito. As hipóteses indicadas no art. 173 do texto constitucional são aquelas nas quais é permitida a atuação da União, dos Estados-membros e dos Municípios neste segundo campo. (GRAU, 2008, p.104)

O autor enuncia três formas de intervenção em sentido estrito: 1.intervenção por absorção ou participação, quando o Estado assume integralmente o controle dos meios de produção e/ou troca em determinado setor da atividade econômica em sentido estrito (monopólio), ou quando assume o controle de parcela dos meios de produção e/ou troca em determinado setor da atividade econômica em sentido estrito, atuando em regime de competição com as empresas privadas;

2. intervenção por direção, quando atua de forma regulatória estabelecendo mecanismos e normas comportamentais para os agentes econômicos;

3. intervenção por indução, por meio do qual o Estado manipula os instrumentos de intervenção em consonância e na conformidade das leis que regem o funcionamento dos mercados (GRAU, 2008, p.147).

Na intervenção por absorção ou participação o Estado atuaria no domínio econômico, enquanto nas intervenções por direção ou indução ele atuaria sobre o domínio econômico.

Fundamenta tais critérios e técnicas na necessidade de não se afastar do campo jurídico, observando que no estudo do Direito Econômico é “marcante o impulso que nos conduz, no caso, a ultrapassar a linha que separa o Direito da

Economia, levando-nos, tal qual o burguês gentleman que fazia prosa, a estudar e ensinar economia ao invés de Direito Econômico.” (GRAU, 2008, p. 148)

Alberto Venâncio Filho (1998, p.87) entende que a intervenção estatal alberga tanto o papel do Estado como agente regulador, como o papel de agente que atua de forma direta na atividade econômica.

Em seu livro “A intervenção do Estado no Domínio Econômico”, publicado pela primeira vez em 1968, pontua que o direito público econômico se divide entre direito regulamentar econômico e o direito institucional econômico.

No direito regulamentar econômico<sup>54</sup>, que “envolve, sobretudo uma questão de jurisdição técnica ... que consiste no fato de conceder-se ao órgão administrativo competência para decidir em concreto sobre determinados fatos econômicos”, é abordada a intervenção do Estado nos mais variados setores, tais como agricultura, indústrias extrativas, de transformação, setor energético, de transportes e comunicação, bancário entre outros.

No direito institucional econômico, a intervenção do Estado é examinada como elemento de atuação deste, dado que a evolução do papel do Estado exigiu sua atenção para os fins econômicos de interesse geral e não apenas para os fins de polícia.

Washington Peluso Albino de Souza (2003, p. 328-330) colaciona o posicionamento de vários autores acerca da intervenção estatal.

Inicia por Karl Mannheim, que vislumbrava a intervenção sob seu aspecto histórico (subdividido em período absolutista; liberal; intervenção defensiva; intervenção corretiva e técnicas avançadas de intervenção), passa pelas visões fornecidas por Guaita, que segundo um critério evolutivo distingue os campos do direito administrativo e do direito econômico; por Vigorita, que se utiliza do avanço tecnológico para distinguir entre intervencionismo, dirigismo e planejamento; pela

---

<sup>54</sup> Paulo Todescan Lessa Mattos (2006, p.134-135) sustenta que o livro de Alberto Venâncio Filho é o que melhor descreveu o processo de constituição da burocracia estatal centralizada na figura do Presidente da República e nos gabinetes ministeriais: “o trabalho de Venâncio Filho é uma reconstituição histórica da legislação sobre regulação econômica no Brasil, mais especificadamente o que o autor chamou de direito regulamentar. A pesquisa realizada por Venâncio Filho cobre toda a legislação editada desde a formação do Estado regulador no Brasil nos anos 1930 até 1968... o trabalho permite, assim, acessar o quadro legislativo de uma época. No entanto, essa quadro é estático. Venâncio descreve a legislação e a doutrina que fala sobre o direito. Dessa forma, não é possível avaliar como os órgãos reguladores descritos por Venâncio funcionavam...não obstante, o trabalho de Venâncio continua sendo útil como relato de documentos legislativos, o que permite avaliar a existência de normas procedimentais que definiam a forma do processo decisório no interior da burocracia estatal, bem como o desenho institucional dos órgãos reguladores formuladores de políticas públicas”.

clássica divisão entre intervenção defensiva, ofensiva e intermediária; pela divisão que considera a efetivação da intervenção estatal (subdividida em intervenção legislativa e administrativa); pela intervenção de acordo com a classificação de Seabra Fagundes (disciplina de controle, exploração direta não monopolística e exploração monopolística); pela a visão de Eros Roberto Grau, já explicitada, e, por fim, pela tradicional divisão entre intervenção direta e indireta.

Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>55</sup> (2001, apud MOREIRA, E. B., 2010b) as modalidades interventivas se subdividem em:

1 intervenção regulatória – “o Estado impõe uma ordenação coacta aos processos econômicos”. Seriam seis as modalidades previstas na Constituição: a) investimento de capital estrangeiro e remessa de lucros (art. 172), b) ordenação do transporte aéreo, aquático e terrestre (art. 178 e par. ún.), c) propriedade da empresa jornalística e de radiofusão sonora ou de sons e imagens (art. 222, caput), d) participação de pessoa jurídica no capital social de empresa jornalística ou de radiofusão (art.222, §§ 1º e 2º), e) venda e revenda de combustíveis de petróleo, álcool carburante e outros combustíveis derivados de matérias-primas renováveis (art.238) e f) produção e comércio de material bélico (art.21, IV);

2 Intervenção concorrencial – “o Estado propõe-se a disputar com a sociedade no desempenho de atividades econômicas empresariais”. A Constituição prevê uma “suplementaridade precisa e restrita”, limitada a: a) casos expressamente nela previstos (serviços públicos e atividades monopolizadas), b) casos definidos em lei de atividade econômica necessária aos imperativos da segurança nacional e c) casos definidos em lei de atividade econômica necessária aos imperativos de relevante interesse coletivo (art. 173);

3 Intervenção monopolista – “o Estado se impõe com exclusividade na exploração econômica de certos bens ou serviços”. É a “forma mais radical de intervenção do Estado na economia, executada com a supressão da iniciativa privada em setor que passa à reserva de atuação do Poder Público”. A anomalia da supressão da concorrência mediante a instituição de um privilégio ao Estado, definida *numerus clausus* pela Carta de 1988: para a União, nos arts. 21, IX, e 177 (serviço postal e de correio aérea nacional, petróleo e gás natural, minérios nucleares etc.) e para os Estados e Distrito Federal, nos arts. 25, §2º e 32, § 1º (serviços de gás canalizado);

4 Intervenção sancionatória – “o Estado pune os abusos e excessos praticados contra a ordem econômica e financeira, incluída a economia popular e certos interesses gerais correlatos”. Destina-se a punir abusos do poder econômico (arts.182, § 4º, incs. I, II e III, e 184) e à defesa do direito do consumidor (arts.1º, III, 170, V, 5º, XXXII, 150, § 5º, e 175, II).

Fernando Herren Aguillar (2012, p. 32-33) não trata propriamente da intervenção estatal, apresentando uma divisão das normas de direito econômico entre normas de competência e normas instrumentais.

As normas de competência seriam responsáveis por determinar os limites da atribuição do Estado na tarefa de organizar o mercado, tanto do ponto de vista

<sup>55</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo, 2001, p. 129 e seguintes.

objetivo, quanto subjetivo. As normas de competência subjetiva determinam os agentes estatais qualificados para produzirem normas de Direito Econômico, a exemplo do contido nos artigos 21 a 24 da Constituição Federal, e as normas de competência objetiva fixam limites concretos além dos quais a ação do Estado é vedada pelo Direito, como ocorre por meio dos princípios constitucionais ou regras específicas que estabelecem procedimentos ou restrições reguladores de ação concreta do Estado na organização da economia.

As normas instrumentais, por outro lado, corporificam a própria ação de regulação estatal do mercado capitalista por intermédio de normas de controle econômico e de polícia econômica. As normas de controle econômico se subdividem em normas de direção, nas quais o Estado exige do agente econômico um comportamento ativo visando alcançar determinado resultado, ou de indução econômica, que corresponde a estímulos a que determinado arranjo econômico seja concretizado pelo mercado. Por fim, as normas de polícia econômica visam reprimir práticas abusivas do mercado ou sancionar comportamentos não tolerados pela lei (exemplo: Lei n.º 8884/94).

Daí se vê que o autor não trata da intervenção por absorção ou participação, na denominação de Eros Grau, ou intervenção concorrencial na denominação de Diogo de Figueiredo Moreira Neto. Sobre tal omissão, sustenta o autor apenas que a intervenção no domínio econômico não trata de políticas públicas implementadas por meio de normas instrumentais de Direito Econômico (AGUILLAR, 2012, p. 33-35):

A existência de empresas estatais revela a incredulidade do Estado em atribuir à iniciativa privada a tarefa de alcançar determinados resultados almejados por ele próprio. Nos casos em que há monopólio reservado às empresas estatais, essa desconfiança se traduz na substituição, que opera o Estado, do agente particular pelo agente público (intervenção por absorção). Quando essa desconfiança estatal é menos acentuada, permite que as empresas estatais concorram em igualdade de condições com as estatais (intervenção por participação, motivada por fatores de segurança nacional ou relevante interesse coletivo definidos em lei).

**Nota-se, porém, que as ações das empresas estatais, se não são implementadas por normas instrumentais, são sempre regidas por normas de competência subjetiva e objetiva.** (AGUILLAR, 2012, p.35, grifo nosso)

Ao mesmo que o autor sustenta que as políticas públicas implementadas pelas empresas estatais não ocorre por meio de normas instrumentais, expõe que

as ações das estatais, se não implementadas por normas instrumentais, são regidas por normas de competência subjetiva e objetiva, incorrendo em evidente contradição.

A fundamentação contraditória para excluir as empresas estatais das temáticas englobadas pelo direito econômico revela a falha no qual incorre o raciocínio do autor. Ao evitar utilizar o termo intervenção, o autor divide o direito econômico por intermédio do caráter de suas normas e deixa de lado a importância do fenômeno para compreender adequadamente o Direito Econômico. A questão, no entanto, se refere mais à inadequada justificativa para deixar de tratar das empresas estatais do que de tratar do vocábulo “intervenção estatal”.

Ora, se a temática da intervenção estatal revela os mitos que cercam o Direito Econômico, não há como excluir desse ramo a discussão atinente às empresas estatais, que representam instrumento essencial para permitir ao Estado a adequação de suas políticas públicas com o momento social e político vivenciado em determinada época.

Não sem razão, André de Laubadère (1985, p. 28) que concebe o direito público da economia é constituído das intervenções do Estado e de outras pessoas públicas na economia: *o direito público econômico é, assim, o direito aplicável às intervenções das pessoas públicas na economia e aos órgãos dessas intervenções.*

Propõe quatro categorias de intervenção (p. 28-31):

1. Em vista do alcance: as intervenções podem ser globais (afetam a economia no seu conjunto), setoriais (afetam a economia em determinado setor), ou pontuais (dizem respeito à uma situação específica). Têm relevantes desdobramentos no que respeita à natureza dos atos jurídicos empregados: a intervenção global tem por regras os atos regulamentares, a setorial os atos regulamentares ou de natureza complexa, e os pontuais os atos de natureza individual;
2. Em vista do objeto da intervenção: intervenção direta (ações que visam diretamente o agente econômico), e indireta (impõem regras restritivas na liberdade de ação do agente econômico, como política fiscal, créditos públicos subsidiados etc);

3. Em vista da técnica jurídica aplicada: intervenção por via unilateral (trata das formas tradicionais de intervenção, como regulamentação, autorização, proibição etc), e por via convencional (baseada na técnica contratual ou negocial);
4. Em vista à forma de incidência setorial: toma a palavra intervenção em sentido lato, designando as medidas tomadas pelas pessoas públicas em relação aos agentes econômicos privados, e o sentido restrito do termo intervenção, para mencionar a forma de intervenção que consiste em as próprias pessoas jurídicas assumirem atividade econômicas, ou seja, a gestão do setor público industrial e comercial por intermédio das empresas públicas.

O autor considera essa última forma de intervenção a mais importante para a apresentação das regras e instituições do direito público econômico. E muito embora tal visão não albergue a totalidade do fenômeno estudado pelo direito econômico, pois o restringe mediante a análise da intervenção estatal, ressalta a importância desta para a compreensão desse ramo, o que, aliás é evidenciado pelo caminho até aqui percorrido. Nesse sentido:

A “intervenção do Estado no domínio econômico” oferece “dados de prática e de experiência que autorizam o pensamento jurídico a tratá-la a nível de “instituto”. É bem verdade que, no processo de sua teorização, não poderá ficar confinada apenas ao seu aspecto afirmativo, pois também as posições absteineintas do Estado liberal entram na composição da estrutura do seu conhecimento. E, mais ainda, não pode ficar adstrita à atitude apenas do Estado em relação ao “domínio econômico”, porém no mesmo contexto **se há de incluir, igualmente, a intervenção da empresa privada do domínio público, especialmente no que tange à sua influencia nas decisões e na própria legislação** (SOUZA, 1983, p.139, grifo nosso).

O estudo das empresas estatais na chamada intervenção por participação (Eros Grau) ou intervenção concorrencial (Diogo de Figueiredo Moreira Neto) será realizado de forma mais aprofundada na sequência, seguido da análise da intervenção sancionatória.



## CAPÍTULO 3 INTERVENÇÃO CONCORRENCIAL

### 3.1 O Estado como agente direto da atividade econômica: as empresas estatais e o início do direito público econômico

#### 3.1.1 Rápidas anotações sobre a formação do direito público econômico e sobre o Estado tecnoburocrático-capitalista dependente brasileiro

O surgimento das empresas estatais coincide com a formação do direito público econômico, o que ocorreu no período entre guerras e na fase inicial de formação do direito público econômico<sup>56</sup>.

Dispondo sobre a formação do direito público econômico, André de Laubadére expõe que no período entre as duas guerras, a importância da ação econômica do Estado conduz à criação de órgãos junto aos poderes públicos, responsáveis pela assunção de atividades econômicas.

Tratando da sociedade de economia mista, pontua que era um tipo novo de instituição: “caracterizado igualmente do direito público econômico, que faz a sua aparição com os organismos públicos intervencionistas, compostos numa base corporativa e encarregados de tarefas de dirigismo ou de disciplina econômica”. (LAUBADÉRE, 1985, p.43)

Portanto, e não sem razão, Comparato (1965, p. 19-20) sustenta que a concepção de direito econômico como ordenamento constitucional da economia engloba a noção das empresas estatais, que nada mais seriam do que a tradução jurídica da economia dirigida.

Modesto Carvalhosa (1973, p. 130) leciona que os fundamentos da participação estatal na economia privada surgiram do intervencionismo alemão:

---

<sup>56</sup>Para maior aprofundamento: OTERO, Paulo. Origem da Intervenção Econômica em Portugal: notas para uma História do Direito Público. **Revista de Direito Público da Economia – RPDE**, Belo Horizonte, n. 4, p. 169-seguintes, out./dez. 2003; COMPARATO, Fabio Konder. O indispensável direito econômico, **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 353, ano 54, p. 14-26, março de 1965; RIPERT, Georges. **Aspectos jurídicos do capitalismo moderno**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1947.

Na ALEMANHA, a tradição intervencionista originada do militarismo prussiano induz o Estado a explorar, diretamente, já antes de 1914, as minas de carvão, através do Ministério da Fazenda e da Sociedade de Mineração Hibernia. Em 1923, sob a égide da Constituição de Weimar, que instituiu um capítulo especificadamente referente à Ordem Econômica e Social, constitui-se uma sociedade pública para assumir o controle da maioria das minas, a par de outra, duas empresas estatais encarregadas da exploração de altos fornos prussianos.

O intervencionismo alemão representa, assim, uma nova técnica de ingerência: o das participações estatais na economia privada. Extraem-se, dessa experiência, os fundamentos jurídicos da ECONOMIA MISTA.

Naquele mesmo ano de 1923, constitui-se a primeira dessas sociedades, tendo como único acionista o Estado, seguida de outras com as mesmas características, as quais propiciaram o controle governamental de diversos setores de produção. Essa ingerência, de feição operacional, chegou ao ponto de, em 1929, das 66 maiores empresas do país, 10 serem públicas e 3 mistas.

O Estado alemão completa, dessa forma, a sua política de intervenção direta, iniciada em 1914, no setor dos serviços públicos, quando já havia 195 empresas mistas com capitais predominantemente municipais, que controlavam os serviços de eletricidades, gás e bonde em 75 cidades alemãs.

Na mesma linha de raciocínio, expõe Sérgio de Andrea Ferreira (1979, p. 3, grifo nosso):

Se bem que alguns estudiosos da matéria situem, na Alemanha, no final do século XVIII e início do século XIX, o surgimento das sociedades de economia mista, o certo é que foi após a Guerra de 1914-1918, no citado País, que se desenvolveu esse tipo de ente descentralizado, hoje adotado universalmente: **em países desenvolvidos, por motivos políticos e fiscais; e, em países subdesenvolvidos, com vistas ao desenvolvimento econômico.**

Se amoldando ao segundo caso, o dos países subdesenvolvidos ou de industrialização tardia, no Brasil a criação das empresas estatais visou o desenvolvimento econômico e a industrialização.

No entanto, como não passou pela fase típica do liberalismo, também não houve, na passagem do Estado liberal para o Estado regulador, uma disputa ampla de grupos de interesse disciplinando a burocracia estatal:

No Brasil, a luta pelo poder teria se restringido aos grupos dominantes com acesso aos canais de circulação de poder político e controle da máquina estatal. A formação da burocracia estatal e a expansão do processo de criação de empresas estatais estiveram diretamente associadas a uma relação de subordinação ou de associação dos tecnocratas, que se formam no contexto da ampliação da burocracia estatal desde Vargas. (MATTOS, 2006, p. 114)

Como um País de industrialização tardia, e, portanto dependente do capital externo para o desenvolvimento da economia, o Brasil é caracterizado como um Estado tecnoburocrático-capitalista dependente:

Ao assumir a responsabilidade pela modernização econômica do país o Estado tecnoburocrático-capitalista dependente, que condiciona o surgimento do modelo de subdesenvolvimento industrializado, não se limita a planejar sua economia, a racionalizar suas atividades, a estimular o aumento de poupança e da acumulação de capital via concentração de renda. Ele assume também um papel direto na produção. O Estado desenvolvimentista é não apenas um Estado planejador, mas também um Estado produtor – um Estado em que a produção de bens e serviços essenciais vai-se tornando cada vez mais sua própria responsabilidade, ao mesmo tempo em que se multiplicam e se expandem empresas públicas criadas para o exercício dessa função. Luiz Carlos Bresser-pereira. Estado e subdesenvolvimento industrializado. P.159. (MATTOS, 2006, p.110)

A busca pela industrialização foi o motor de criação das empresas estatais, mas os fatores motivadores podem ser divididos em razões de natureza econômica, política, administrativa e social.

### 3.1.2 Fatores de natureza econômica, política, administrativa e social motivadores da criação das empresas estatais

No Brasil, o panorama das empresas estatais têm particularidades específicas, surgindo da conjugação de fatores de natureza econômica, política, administrativa e social (MOTTA, 1980).

Dentre os fatores de natureza econômica, pode ser considerada a necessidade de fornecer infraestrutura de base para o desenvolvimento econômico nacional em setores que demandem vultuosos investimentos, como empresas de aço e empresas produtoras de energia elétrica; a necessidade do Estado usufruir de vantagens de que se beneficiam as empresas privadas; a promoção, estimulação e financiamento de negócios privados considerados de interesse para o desenvolvimento do País, e obtenção de vantagem do monopólio econômico visando equilibrar o subdesenvolvimento de determinadas regiões.

Como fatores de natureza política sobressaem a necessidade de assegurar o controle nacional sobre as indústrias consideradas como estratégicas ou vitais para a segurança do País, como é o caso da Petrobrás, e a produção de bens e serviços que exijam uma intervenção do Estado de natureza monopolística a fim de

assegurar interesses mais amplos, como ocorre nos setores de transportes e comunicações.

Os fatores de natureza administrativa se consubstanciam na necessidade de descentralizar a Administração, com a criação de instituições autônomas, escapando de normas administrativas e financeiras que se aplicam à Administração Direta.

Por fim, o fator de natureza social que justificaria a criação de empresas estatais residiria na produção bens e serviços para populações com baixo nível de renda.

### 3.2 Surgimento das estatais no cenário brasileiro<sup>57</sup>

Como já referido, o Brasil não passou pela típica fase do liberalismo econômico, não experimentando algo sequer semelhante àquilo por que passou a Europa no século XIX. A economia do Estado brasileiro se caracterizava pela exploração agrícola por uma elite privilegiada com benesses públicas<sup>58</sup> (MOREIRA, E. B., 2004a, p. 69):

Uma das explicações para esse fenômeno podemos encontrar no fato singular de que em 1808 passou o Brasil a acolher a família real portuguesa. A invasão de Portugal por Napoleão levou à transmigração da família real para o Brasil, e, em consequência, à transferência para o país de toda a máquina administrativa do reino português.

Pode-se sem dúvida, apontar as inúmeras vantagens e benefícios que o Brasil recebeu dessa situação, tanto do ponto vista político como do ponto de vista econômico e social (...). Mas por outro lado, recolheu, com esse sistema, vícios e deficiências de uma máquina administrativa inteiramente inadequada, para um país novo, e que pelo caráter pacífico de nossa Independência, permaneceu íntegra como a administração do país independente.

<sup>57</sup> A análise será realizada por meio de referências às Constituições Federais brasileiras, com pontuações específicas sobre o relacionamento Estado/economia nos governos respectivos. Não se pretende ingressar nos pormenores históricos, mas apenas situar o leitor no que respeita ao surgimento das estatais. A análise histórica não retira o caráter jurídico do trabalho em razão da natureza do direito econômico: “para apreender essa disciplina, tão intimamente ligada à vida política e econômica de um País, é indispensável a compreensão de sua evolução histórica, o respectivo contexto e ao menos um esboço do porquê de suas constantes e inevitáveis metamorfoses”. (MOREIRA, E.B., 2005, p. 122)

<sup>58</sup> Para melhor análise do Período Colonial ao fim da Primeira República (1500-1930) ver: BIERMANN, João Everardo Matos. Pressupostos Econômicos do Populismo no Brasil: A emergência dos mercados no início do Século XX. In: **Constituição e Economia**. Organizadora: Gina Marcílio Pompeu. Fortaleza: Fundação Edson Queiroz: Universidade de Fortaleza, 2008, p. 91-113; FURTADO, Celso. **Formação Econômica do Brasil**. São Paulo: Cia. Editora Nacional, 2001; FERREIRA, Waldemar. **História do Direito Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Max Limonad, 1954.

Assim, a partir de 1822, quando com a Independência se estrutura um regime político haurido no sistema constitucional Francês e inglês, observar-se-á esta amálgama de ideias liberais e renovadoras e um sistema de administração antiquado e obsoleto. (VENÂNCIO FILHO, 1998, p. 25)

A crescente necessidade por um regime de federação, diante do fortalecimento do regime unitário e da inspiração advinda do sistema norte-americano, conduziu à proclamação da República:

A federação que se procura criar no Brasil, entretanto, conserva a singularidade de partir de um regime unitário que, por uma decisão de caráter político, se transforma em federação, ao contrário do regime norte-americano em que uma evolução gradativa transforma as treze colônias em Federação (VENÂNCIO FILHO, 1998, p. 29).

A Constituição de 1891 estabeleceu o princípio da abstenção do Estado nas atividades produtivas (VENÂNCIO FILHO, 1998, p. 131), mas sob a inspiração da Constituição alemã de Weimar, a Constituição brasileira de 1934 estabeleceu os pressupostos do dirigismo. O artigo 115 da Constituição brasileira de 1934 previa, sob o título IV, que a ordem econômica e social “deve ser organizada conforme os princípios da justiça e necessidades da vida nacional, de modo que possibilite, a todos, existência digna. Dentre desses limites é garantida a liberdade econômica”.

Importa pontuar que o período anterior à Constituição de 1934, foi: “relativamente não-intervencionista. Limitava-se, muitas vezes a exercer seu poder fiscal numa perspectiva protecionista.” (DUTRA, 1991, p. 31)

A escassez da intervenção do Estado até a década de 30 era justificada nas balizas liberais que adotavam a forma de concessão de serviço público sempre que se fazia necessária a realização de qualquer empreendimento econômico (VENÂNCIO FILHO, 1998, p.397).

Nessa fase, “o relacionamento do Estado com a economia era caracterizado pela conjugação de diplomas liberais com a promoção estatal de determinados setores, unida ao descontrole contábil e fiscal. (MOREIRA, E. B., 2004a, p. 73)

A partir de 1930, houve uma inversão na economia nacional, em razão do programa nacionalista de Vargas, que gerou investimentos públicos de infraestrutura e indústria básica, com consequente criação de pessoas jurídicas de direito público: “O Estado brasileiro passou de agro-exportador com uma configuração político-econômico fragmentada para semi-industrializado com um perfil político-econômico centralizador.” (2004a, p. 68)

O impulso intervencionista buscou proteger a economia do impacto da depressão, acelerando o processo de industrialização. Nesse período foram criadas as autarquias e sociedades de economia mista:

Surgiu a autarquia, que se destacou imensamente no plano da previdência social com institutos respectivos para atender ao grande desenvolvimento nessa área de proteção social. A autarquia brasileira atingiu o máximo, principalmente no setor industrial, financeiro e econômico, porque as formas de Administração não mais atendiam.

Contemporânea à autarquia foi criada a sociedade de economia mista com capital do Estado e privado. Mas a sociedade de economia mista atende a parte da Administração, porque a demanda do capital privado só encontra alento, quando o Estado dá grande colaboração e incentiva aquela sociedade. Do contrário, ninguém participa da sociedade quando é deficitária.

A administração pública brasileira voltou os olhos para a atividade empresarial. Havia a necessidade de descentralização dos serviços por órgãos autônomos, com personalidade jurídica, livre dos encargos rotineiros da administração pública, e liberto dos rigores imobilizadores da burocracia, e da rigidez da contabilidade pública e ausência de flexibilidade imposta pela hierarquia administrativa com controle rígido e formal. (ROSAS, 1983, p. 249)

A Constituição de 1934 era formalmente liberal, e concedeu dimensão constitucional à atuação do Estado no domínio econômico. No entanto, teve curta duração (apenas três anos): “não resistiu nem ao perfil populista/interventivo do governo e muito menos à guinada direitista do Estado Novo” (MOREIRA, E. B., 2004a, p. 84), sendo substituída pela Constituição de 1937:

Apesar de a Carta de 1937 só permitir ‘a intervenção do Estado na ordem econômica para compensar as deficiências da iniciativa privada e para coordenar os fatores de produção’, o governo interveio e regulou, direta ou indiretamente, todos os setores da economia nacional – concentrando o comando das relações econômicas públicas, público-privadas e privadas. Centralização que contou com o apoio e a participação da burguesia industrial, para cujo desenvolvimento foi essencial a inserção do Estado nos setores mais onerosos (infra-estrutura e bens de capital). (MOREIRA, E. B., 2004a, p. 88)

A criação de empresas estatais aumentou com o advento da Segunda Guerra Mundial, sobretudo por razões de segurança nacional. Nos anos quarenta, foram criadas, entre outras<sup>59</sup>, as seguintes empresas: a Fábrica Nacional de

<sup>59</sup>Rol das empresas estatais no Brasil a partir de 1939: ANDREA FERREIRA, Sergio de. O Direito Administrativo das Empresas Governamentais Brasileiras. In: **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, v.136, abr./jun.1979, p. 4-5.

Motores, da Companhia Vale do Rio Doce, pelo Decreto-lei n.º 4.532/42; a Companhia Hidroelétrica do São Francisco (Decreto-lei n.º 8.031/45); a Companhia Siderúrgica Nacional (Decreto-lei n.º 3.002/41), e Companhia Nacional de Alcalis (Decreto n.º 5.684/43). (DUTRA, 1991, p. 31-32)

A Constituição de 1946 não apresentou grandes avanços em relação à de 1934, consagrando a liberdade econômica em limites expressos: “que esta se organizasse conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, de molde a possibilitar a todos existência digna”. (MOREIRA, E. B., 2004a, p. 90)

A tendência intervencionista voltou a tomar corpo a partir dos anos cinquenta com o retorno de Getúlio Vargas ao poder e adoção de política voltada ao dirigismo estatal. Nesse período, foi estabelecido o monopólio do Estado sobre o petróleo com a criação da Petrobrás (Lei n.º 2.004/53), e criado o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES). (DUTRA, 1991, p. 32)

Os investimentos produtivos necessários à industrialização foram realizados por meio da articulação dos órgãos de coordenação de planejamento econômico federais, autarquias especializadas para a regulação de setores específicos da economia e empresas estatais. (MATTOS, 2006, p. 110)

A iniciativa privada foi incentivada e foram criadas diversas empresas públicas e entidades titularizadas pelo Poder Público:

Tendo em vista a inadimplência das pessoas privadas (derivadas da política de vedação aos reajustes e aumentos dos preços praticados), o Governo Federal avocava a propriedade e gestão do empreendimento, ampliando o exercício de atividades econômicas. Alberto Venâncio Filho destaca que ‘a empresa pública foi o grande artifício trazido a partir da década dos anos 50, por força da atuação do Estado no domínio econômico, expelindo a iniciativa privada, e recusando mesmo a sua participação ainda que como um sócio silencioso e minoritário’. (MOREIRA, E. B., 2004a, p. 94)

Deve ser pontuado que no governo de Juscelino Kubistschek (1956/1961) o Estado participou ativamente na economia, utilizando-se do expediente do planejamento econômica estatal, que passou a fazer parte da cartilha da Administração Pública, enquanto que no interregno Jânio Quadros/João Goulart (1961/1964) não houve nenhuma alteração significativa ou inovação no relacionamento entre o Estado brasileiro e a economia, consolidando-se uma centralização estatal no domínio econômico: “a confusão e a incapacidade política de ambos para controlar as pressões, unidas ao perfil populista das diretrizes

econômicas; resultou num agravamento do déficit público e numa acentuada hipertrofia da máquina estatal.” (MOREIRA, E. B., 2005, p. 124, 137, 143)

A hipertrofia da máquina estatal pode ser verificada pelas inúmeras empresas criadas nos anos sessenta e setenta: Empresa Brasileira de Telecomunicações (Embratel); Companhia Brasileiro de Armazenamento (Cibrazem); a Empresa Brasileira de Turismo (Embratur); Empresa Brasileira de Aeronáutica (Embraer); Serviço Federal de Processamento de Dados (Serpro); Empresa Brasileira de Filmes (Embrafilme); Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária (Embrapas); Empresa Brasileira de Assistência Técnica e Extensão Rural (Embrater); Caixa Econômica Federal (CEF); Empresa Brasileira de Infra-Estrutura Aeroportuária (Infraero). (DUTRA, 1991, p. 33-34)

Passando diretamente à Constituição de 1967, esta não acrescentou muito ao texto que lhe antecedeu, com atribuição da exploração econômica atribuída preferencialmente ao setor empresarial privado, com exploração por parte do Estado de forma suplementar à iniciativa privada (PIMENTA e PRATA, 2009, p. 243).

A EC n.º 1/69 alterou de tal forma a disciplina constitucional que passou a ser chamada de Constituição de 1969, na qual foi revelada uma realidade intervencionista, estatizante e planificadora (PIMENTA e PRATA, 2009, p. 243):

Foi nas décadas de 60 e 70 que o Estado Brasileiro empolgou-se em dinamizar sua atividade empresarial, objetivando estar presente em área complementares às empresas de base originalmente criadas. Surgiram os grandes grupos da Eletrobrás, Siderbrás, Nuclebrás, Portobrás, Telebrás. Consta que nesse período, segundo SEST, mais de trezentas empresas estatais foram criadas. (SOUTO, 1990, p. 57)

Em 25 de fevereiro de 1967 foi editado o Decreto n.º 200, documento considerado como basilar para a reforma administrativa, pois dividiu a Administração federal em Direta e Indireta e trouxe conceitos para a empresa pública e sociedade de economia mista:

Até a edição do Decreto-Lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967, que introduziu a reforma administrativa, a Administração Federal era excessivamente centralizadora e desenvolvia uma ação cujos resultados ineficazes punham em evidência a falta de racionalização dos trabalhos de coordenação dos serviços, a ausência de uma ação planejada e uma burocracia inútil, com um grande número de serviços lentos e improdutivos. A importância do Decreto-lei n. 200/67 resulta da mudança que ele introduziu nessa situação. (DUTRA, 1990, p. 15)



Segundo Pedro Dutra (1991, p.35), houve um grande crescimento das empresas do Estado em nível federal a partir de 1967, com estabilização no final da década de 70:

De acordo com o estudo feito pela Fundação Getúlio Vargas, em 1970, pôde constatar-se que, no grupo das vinte maiores empresas brasileiras, quinze são empresas do Estado; dez são federais e cinco dos Estados-membros; e cinco são empresas privadas multinacionais. Se se excluírem os bancos e as outras instituições financeiras, as empresas do Estado constituirão uma larga maioria entre as maiores empresas do País. (DUTRA, 1991, p.35)

O quadro demonstra que desde a década de 30, as empresas estatais, ao lado de outras entidades de caráter público, foram criadas em razão da dinamização do papel da atividade empresarial do Estado. O aumento da máquina estatal provocou o gigantismo do Estado, culminando na inversão significativa da tendência até então verificada.

A realidade da década de 80 e início da década de 90 em muito se alterou em comparação com as décadas anteriores, em razão da onda privatizante, representada pela tendência globalizante de redução da intervenção estatal no âmbito econômico.

Surgem os programas privatizadores e o Estado assume o papel de conduzir a economia. Esse novo papel do Estado será analisado na temática do Estado enquanto agente sancionador dos abusos praticados contra a ordem econômica.

Nas últimas décadas, a tendência é a retirada do Estado da atividade econômica, com fomento de seu papel regulador.

Por fim, a Constituição Federal de 1988, da forma tratada no capítulo anterior, abarcou o ideal social da democracia e a ideologia capitalista, impondo a interpretação dos princípios arrolados no artigo 170 com os objetivos e fundamentos da República Federativa do Brasil.

Optou-se pela atuação estatal direta no domínio econômico de forma excepcional<sup>60</sup>, apenas para atender a “imperativos da segurança nacional” ou “relevante interesse coletivo”, na forma definida em lei.

---

<sup>60</sup>Com relação à atuação suplementar do Estado na Carta de 1967 e a atuação excepcional da Carta de 1988, Marcia Carla Pereira Ribeiro (1998, p. 141) esclarece que: “Na disciplina das sociedades estatais existe uma importante distinção entre a Carta de 1967 e a atual: no regime anterior consagrava-se expressamente a atuação participativa do Estado obedecido o princípio da subsidiariedade, podendo, em caráter suplementar, organizar e explorar a atividade de forma direta.

### 3.3 As empresas estatais na ordem econômica brasileira

#### 3.3.1 Particularidades sobre o gênero empresa estatal

As empresas estatais<sup>61</sup> atuam quando necessário “aos imperativos da segurança nacional” ou a “relevante interesse coletivo”, dentro de uma ordem econômica fundada no duplo pilar valorização do trabalho humano/libre iniciativa, e embasada segundo os princípios já explicitados da soberania nacional, propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego e tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

O modelo brasileiro prestigia, portanto, a liberdade da iniciativa privada e determina a intervenção estatal no domínio econômico de forma excepcional.

Na intervenção direta, o Estado é um sujeito econômico que participa das atividades econômicas juntamente com os particulares, possuindo determinados privilégios decorrentes de sua feição mista.

Seu agir se traduz por meio das empresas estatais (intervenção direta por participação), podendo verificar-se em concorrência com os particulares ou em substituição a estes, nos casos de monopólio (intervenção direta por substituição).

As empresas estatais podem exercer atividades econômicas ou atuar com serviços públicos comerciais e industriais. A distinção importa para pontuar que o artigo 173 cuida especificadamente da atividade de natureza privada exercida pelo Estado de forma excepcional.

Se a atividade econômica, comercial ou industrial, for assumida pelo Estado como serviço público, aplica-se a previsão inserta no artigo 175 da Constituição

---

Na Constituição vigente, a opção do legislador foi de opção de exclusão da menção ao princípio da subsidiariedade com a indicação de relevante interesse coletivo e segurança nacional como pressupostos de criação da empresa mista”.

<sup>61</sup> Esclarece Pedro Dutra (1991, p. 25): “quando se diz, no Brasil, ‘empresa do Estado’, ou ‘empresa estatal’, o equivalente na França é o termo ‘entreprise publique’. E quando se diz, no Brasil, ‘empresa pública’, estrito sendo, o correspondente na França é o termo ‘société nationale’. Para acompanhar a terminologia em uso, no Brasil, a expressão “empresa estatal”, quando utilizada, deveria compreender as espécies sociedade de economia mista e empresa pública”.

Federal<sup>62</sup>, segundo o qual incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre por meio de licitação, a prestação de serviços públicos (DI PIETRO, 2005, p. 394).

A intervenção concorrencial, na nomenclatura de Diogo Moreira Neto, é realizada por meio da empresa pública, sociedade de economia mista, suas subsidiárias e outras entidades estatais ou paraestatais.

A criação das empresas estatais demanda autorização por lei específica<sup>63</sup>, e a criação de subsidiárias requer autorização legislativa (artigo 37, XIX e XX da CF). Pontue-se, com relação às subsidiárias, que para o Supremo Tribunal Federal (ADI 1.649), basta a autorização legislativa genérica, alcançada pela própria lei que criou/autorizou a criação da empresa estatal. (ZIMMER JUNIOR, 2008, p. 231)

A extinção das empresas estatais que acusem a ocorrência de prejuízos, estejam inativas ou desenvolvam atividades já entendidas satisfatoriamente pela iniciativa privada ou não previstas no objeto social, poderão ser dissolvidas ou incorporadas a outras entidades por ato do Poder Executivo, consoante previsão do artigo 178 do Decreto n.º 200/67.

Di Pietro (2005, p. 397) sustenta que tal dispositivo se encontra revogado diante da atual Constituição, pois o § 1º, artigo 61 da Constituição exige lei de iniciativa do Presidente da República para a criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública: “se a exigência é feita para órgãos (que não têm personalidade jurídica própria), com muito mais razão se justifica em relação aos entes da administração indireta, que são pessoas jurídicas distintas da pessoa política que as instituiu”.

De toda forma, o artigo 178 do Decreto n.º 200/67 auxilia na compreensão de que as empresas estatais podem resultar de transformação de entidades preexistentes, muitas vezes particulares (como a Lei n.º 5.736/71, que autorizou a União a subscrever aumento de capital da Companhia Auxiliar de Empresas Elétricas Brasileiras – CAEEB, que passou à condição de sociedade de economia mista, vinculada ao Ministério das Minas e Energia), ou pode até mesmo ocorrer a

---

<sup>62</sup>Entendimento esse adotado pelo Supremo Tribunal Federal (ver: ADI 1642/MG e RE 363412 AgR / BA).

<sup>63</sup> Como leciona Marcia Carla Pereira Ribeiro e Solange Afonso de Lima (2008, p. 24): “A exigência de prévia autorização legislativa nada mais faz do que cumprir requisito ínsito à estrutura do Estado de Direito, qual sejam o princípio da legalidade, estampado no caput do art. 37 da Constituição da República”.

transformação de empresas públicas em sociedades de economia mista (caso da Embratel – Decreto n.º 70.913/72). (ANDREA FERREIRA, 1979, p. 17)

As empresas estatais foram definidas nos incisos II e III, artigo 5º, do Decreto n.º 200/67, como integrantes da Administração Indireta, ao lado das fundações públicas e das autarquias.

São enquadradas como pessoas jurídicas de direito privados, sujeitas, portanto, ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias, não podendo gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado (artigo 173, incisos dos §§ 1º, 2º e 3º da CF/88).

Suas finalidades básicas se consubstanciariam em: financiar o setor privado, desenvolver o serviço público, assumir atividade de base não satisfatoriamente desenvolvida na esfera privada ou cumprir determinação constitucional de monopólio (RIBEIRO, 1998, p.189).

Mas as empresas estatais poderiam buscar o lucro?

Marcia Carla (1998, p. 62) expõe que o lucro pode ser uma consequência da atividade desenvolvida, mas não o elemento balizador de sua existência.

No mesmo sentido leciona Bagnoli (2008, p. 124):

Deve-se destacar que tanto a empresa pública quanto a sociedade de economia mista são constituídas para suprir uma necessidade da ordem pública, ou seja, trata-se da intervenção do Estado no domínio econômico para sanar uma deficiência do agente privado ou ainda para atender manifesto interesse coletivo ou em caso de segurança nacional. Por essa razão, a finalidade lucrativa, típica e completamente aceitável das empresas privadas, não é admitida para as empresas públicas, já que estas atendem uma necessidade social a partir de determinação Estatal.

Jacintho de Arruda Câmara sustenta que a relutância em assumir o caráter lucrativo das empresas estatais parece ter amparo na ilusória contraposição entre a busca do lucro e a persecução do interesse público. Leciona que a lucratividade das empresas estatais constituiu, na maioria das vezes, instrumento fundamental para a realização de atividade de interesse público com maior eficiência, ou seja, obter lucro também constituiu interesse público, absolutamente compatível com o regime jurídico constitucional brasileiro:

Como empresa a obtenção de superávit financeiro nas atividades desenvolvidas pode ser mais eficientemente alocada na realização de seu fim. O lucro serve para autofinanciar a ampliação das atividades da

empresa, bem como para viabilizar a obtenção de recursos junto a instituições financeiras...

Constitui visão demasiadamente simplista defender que, por envolver interesse público (segurança nacional ou relevante interesse coletivo), as atividades desenvolvidas pelas estatais deve ser financiadas com recursos orçamentários. Sem dúvida que está é uma possibilidade. Mas, em várias situações, a hipótese é meramente formal. O Estado não dispõe de recursos para investir em todas as atividades de interesse público que, por determinação legal ou constitucional, lhe foram atribuídas. Entre comprometer receitas tributárias fundamentais para desempenhar certas atividades essenciais e que não geram recursos (como saúde pública e segurança, para ficar em dois exemplos marcantes), o Estado pode legitimamente se organizar de modo a propiciar que segmentos específicos de suas atribuições sejam autossustentáveis. E a descentralização administrativa, por meio da criação de empresas estatais, é importante ferramenta para implantar essa estratégia.

A empresa estatal, ao operar com margem de lucro, poderá alavancar recursos para a destinação pública à qual está atrelada. O lucro poderá ser reinvestido na expansão ou melhoria das atividades desempenhadas pela empresa. Será a perspectiva de lucro que, por outro lado, viabilizará a captação de investimentos junto a instituições financeiras ou a investidores no mercado de capitais. Ao invés de comprometer o orçamento, o Estado capta recursos para o setor ofertando a lucratividade da atividade desempenhada por sua empresa aos investidores/financiadores. (CÂMARA, 2012, p. 16-17)

Para a exploração da atividade econômica pelo Estado, portanto, constitui-se uma pessoa jurídica de direito privado, com vantagens específicas em razão da hibridez de seu regime, caracterizado pela parcial derrogação do direito privado pelo direito público (DI PIETRO, 2005, p. 367).

O controle das estatais é feito internamente pela própria Administração Direta, por intermédio da supervisão ministerial prevista no artigo 26 do Decreto n.º 200/67, e externamente, pelo Poder Legislativo com o auxílio de Tribunal de Contas (artigos 49, X, 70 e 71 da CF/88)<sup>64</sup>.

Em regra geral, devem observar a Lei n.º 8.666/93, “muito embora tenham maior espaço para dispensar as licitações” (ZIMMER JUNIOR, 2008, p. 232). Tal entendimento decorre da alteração do artigo 37, XXI da CF/88 pela EC n.º 19/98, que fez expressa remissão ao artigo 173, § 1º, III, ou seja, possibilitou que o estatuto jurídico previsto no artigo 173, § 1º estabeleça normas sobre licitação e contratos diferentes para as empresas estatais (DI PIETRO, 2005, p. 406).

Os dirigentes e funcionários das estatais não são funcionários públicos *stricto sensu*, submetendo-se às normas da CLT. No entanto, a própria Constituição Federal derroga parcialmente a legislação trabalhista, ao dispor sobre normas que

<sup>64</sup>Sobre o controle das empresas estatais: DUTRA, Pedro de Almeida de. **Controle de Empresa Estatais: uma Proposta de Mudança**. São Paulo: Saraiva, 1991.

se aplicam à Administração Direta e Indireta, tais como: exigência de concurso público para ingresso, e proibição de acumulação de cargos, empregos e funções (com as devidas exceções). Ainda, para fins criminais, os funcionários da Administração Indireta se equiparam aos da Administração Direta, consoante previsão do § 1º, artigo 327 do Código Penal (DI PIETRO, 2005, p. 404).

Os atos dos dirigentes, no entanto, são assimiláveis como decisões de autoridades públicas, dando ensejo à utilização do mandado de segurança e ação popular. (DUTRA, 1991, p.21-24)

Com relação à responsabilidade civil, se o objeto da atividade for a exploração de atividade econômica em sentido estrito (tipicamente mercantil e empresarial), a norma constitucional prevista no artigo 37, § 6º da Constituição Federal não incidirá. Se, ao contrário, a empresa estatal executar serviços públicos, passa a ficar sob a égide da responsabilidade objetiva prevista na Constituição.

Na sequência, serão esmiuçados aspectos específicos da empresa pública e da sociedade de economia mista, e desdobrado em três partes o artigo 173, *caput* da Constituição Federal, para análise de seus aspectos principais: o significado de atividade econômica para os fins do dispositivo; ponderações sobre os conceitos indeterminados de “segurança nacional” e “relevante interesse público”, a necessidade lei de caráter geral e autorização específica.

### 3.3.1.1 A espécie empresa publica

A empresa pública é definida no Decreto-Lei n.º 200/69 como pessoa jurídica de direito privado que dispõe de patrimônio próprio e capital exclusivo da União, tendo sua criação autorizada em lei para exploração de atividade econômica que o Governo é levado a exercer por razões conjunturais ou de conveniência administrativa.

A partir da alteração introduzida pelo Decreto-Lei n.º 900/69<sup>65</sup>, a determinação de que a empresa pública seja constituída exclusivamente de capital público foi mitigada pela admissão da participação de outras pessoas de direito

---

<sup>65</sup>Que também alterou a definição dos institutos: No que tange à sociedade de economia mista, passou-se a falar em “exploração de atividade econômica”, sendo certo que a forma anônima já confere natureza mercantil à sociedade. Quanto à empresa pública, a definição limitou a exclusividade da detenção do capital à União. (ANDRÉA FERREIRA, 1979, p.11)

público interno e de entidades da administração indireta dos entes federativos em sua composição.

A empresa pública pode ser constituída sob quaisquer formas admitidas em Direito, e podem ser unipessoais ou pluripessoais, o que importa em distinguir entre a sociedade, civil ou comercial, unipessoal; a empresa pública unipessoal, e a sociedade, civil ou comercial, pluripessoal.

A empresa pública unipessoal em sentido lato compreende a empresa pública unipessoal em sentido estrito e a sociedade unipessoal.

A sociedade unipessoal, como se intui da própria denominação, é constituída por um único sócio, mas exige a presença da assembleia geral, órgão este responsável pela manifestação de vontade dos sócios:

Além do exemplo da Eletrobrás, em sua primeira versão, sociedade anônima cuja totalidade de ações pertencia à União Federal, a Companhia de Desenvolvimento do Vale de São Francisco (Codevasf), cujos estatutos foram aprovados pelo Decreto nº 74.744, de 22 de outubro de 1974, teve seu capital integralmente pertencente à União, dividido em trezentos milhões de ações nominativas. Tem assembleia-geral, conselho diretor, diretoria executiva e conselho fiscal. (ANDRÉA FERREIRA, 1979, p.11)

Essa hipótese de composição do capital por recursos oriundos apenas de um ente público confere a perspectiva da instituição de uma unidade empresarial unipessoal, com personalidade jurídica própria, uma situação, de ordinário, não aceita pelo ordenamento jurídico brasileiro (RIBEIRO e ALVES, 2008, p.8).

A empresa pública unipessoal em sentido estrito corresponde à empresa individual pessoa física, na qual: “o Estado destaca uma parte de seu patrimônio, transformando-o em capital da nova pessoa jurídica... que vai responder pelas obrigações respectivas” (ANDRÉA FERREIRA, 1979, p.13):

Exemplo típico foi o que se deu com os serviços de correios e telégrafos. Originariamente, a atividade era exercida por um órgão da Administração Direta, ou seja, uma organização que tinha a seu dispor determinados recursos, bens e funcionários da União Federal, que, juridicamente, era a titular de direitos e deveres. Mas resolveu a União personalizar o serviço, e a massa de bens vinculados ao mesmo tornou-se o capital da nova pessoa jurídica; personificou-se, portanto, aquela organização, que passou a ser titular de direito e obrigações. (FERREIRA, 1979, p. 13)

A sociedade pluripessoal tem capital pertencente à União (sócio majoritária) e a outras pessoas políticas ou administrativas.

A determinação de que a empresa pública seja constituída exclusivamente de capital público, foi mitigada pela admissão da participação de outras pessoas de direito público interno e de entidades da administração indireta dos entes federativos em sua composição.

### 3.3.1.2 A espécie sociedade de economia mista

Por seu turno, a sociedade de economia mista é definida no Decreto-lei n.º 200/67 como pessoa jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam, em sua maioria, à União ou entidade da Administração Indireta.

A Lei das Sociedades Anônimas (artigos 235 a 240 da Lei n.º 6.404/76) traça as linhas básicas de sua estrutura e funcionamento, somente podendo adotar a forma de sociedade anônima, sendo, portanto, sempre sociedades empresárias.

Pode ser classificada como sociedade de economia mista aberta, caracterizada por captar recursos junto ao público e sujeitando-se, portanto, às normas expedidas pela Comissão de Valores Imobiliários, ou sociedade de economia mista fechada, que obtém recursos dentre os próprios acionistas ou terceiros subscritores.

Deve ainda, ser ressaltado, que a lei apenas autoriza a criação de tal modalidade de empresa estatal, que é efetivamente criada por seus atos constitutivos, consoante se infere dos artigos 45 e 985 do Código Civil.

O artigo 5º, III do Decreto n.º 200/67 permite que uma entidade da Administração Indireta seja sócia majoritária da sociedade de economia mista, hipótese essa denominada de descentralização de segundo grau.

Di Pietro (2005, p. 401) sustenta que a possibilidade de uma entidade da Administração Indireta ser acionista majoritária de uma sociedade de economia mista foi parcialmente derogada pelo artigo 235, § 2º da Lei das Sociedades por Ações, que dispõe: “As companhias de que participarem, majoritária ou minoritariamente, as sociedades de economia mista, estão sujeitas ao disposto nesta Lei, sem as exceções previstas neste Capítulo”. Diante da redação do dispositivo legal, expõe que a própria lei não considera tais companhias como sociedades de economia mista.



Importante pontuar que não basta a participação majoritária do Poder Público na entidade para que ela seja caracterizada como uma sociedade de economia mista: “é necessário que haja a participação na gestão da empresa e a intenção de fazer dela um instrumento de ação do Estado, manifestada por meio de lei instituidora e assegurada pela derrogação parcial do direito comum”. (DI PIETRO, 2005, p.402)

Caso a entidade criada, ou de que venha a participar a sociedade de economia mista, não preencher os requisitos e pressupostos caracterizadores dessa espécie ou não atuar na gestão da empresa, teremos simplesmente participação acionária ou financeira daquela entidade, ou, no máximo, o surgimento de um ente de cooperação, que encontram previsão expressa no artigo 237, § 1º da Lei n.º 8.666/93.

### 3.3.2 A opção entre a sociedade de economia mista e a empresa pública

Visto que as empresas estatais são desdobramentos do próprio Estado, pois integram a Administração Indireta e realizam ações governamentais apesar de se revestirem da forma privada, cumpre analisar o que leva o Estado a optar pela empresa pública ou pela sociedade de economia mista.

Washington Peluso Albino de Souza (2003, p. 353) expõe que:

Alguns autores têm procurado definir as razões para uma opção entre a Sociedade de Economia Mista e a Empresa Pública. Afirmam que aquela tem por função o “incentivo da produção”, enquanto esta estaria voltada à execução de “serviços públicos”, ou de “utilidade pública”, embora podendo aplicar-se atividades produtivas, quando a iniciativa particular não o assumisse. Tais separações, porém, não são suficientemente claras no Direito brasileiro, mesmo porque é permitida, inclusive, a transformação da sociedade de economia mista em empresa pública, quando atuantes no mesmo ramo.

A dificuldade aumenta quando se constata que inexiste um conceito constitucional de sociedade de economia e de empresa pública, mas apenas conceito infralegal. Esse fato conduz à análise dos aspectos favoráveis e desfavoráveis entre uma e outra espécie para responder ao questionamento.

A principal diferença entre as duas espécies reside no fato da primeira conjugar capital público e particular, exigindo-se apenas que a maioria do capital das

ações votantes esteja nas mãos do Estado (daí, inclusive, a adoção do modelo da sociedade anônima):

Com a primeira (a empresa pública) o Estado busca a forma mercantil para conferir personalidade jurídica a um empreendimento exclusivamente seu, sem sócios privados; trata-se da criação, sem mais, de um “filhote” do Estado, que se pretende subtrair, ao menos em parte, da sujeição ao Direito público. Nas sociedades de economia mista a questão é bem outra: o Estado quer unir-se a particulares para, com as vantagens da comunhão de esforços (financeiros e/ou gerenciais), implantar ou manter um empreendimento. (NUSDEO, 2006, p. 269)

Invocando as lições de García de Enterría, Nusdeo (2006, p. 269) aduz que na sociedade de economia mista há respeito pelo princípio básico do Direito Comercial: o princípio associativo ou corporativo; enquanto que a empresa pública é um ente institucional própria da Administração, e o controle do Estado acaba por transcender aos limites da mera relação de controle societário, caracterizando-se como um controle institucional.

Nessa linha de raciocínio, passou-se a considerar que a sociedade de economia mista estaria superada pelo advento da empresa pública<sup>66</sup>, em virtude do antagonismo dos interesses perseguidos pelos particulares e pelo Estado. Isso porque, além do Estado ser o acionista majoritário e as sociedades de economia mista não estarem direcionadas para a obtenção de lucro, a sujeição às regras do direito privado impuseram à esta modalidade de empresa estatal uma forte carga tributária:

O declínio do instituto ficou evidente, a partir dos permanentes conflitos de interesse havidos nas diversas empresas, notadamente quando a Administração, adotando decisões políticas, em prol dos interesses da sociedade ou dos cidadãos, provocou prejuízos ao investidor privado, ou ainda, reduziu a margem de lucro por este almejada. Aliado a tal aspecto, acresça-se a incidência de tributos e contribuições sobre a atividade das mesmas, que acabou promovendo maior desencanto dos agentes privados em participarem de empresas mistas, cujo controle acionário e de votos seria do Poder Público.

---

<sup>66</sup>Ver também: PINTO, Bilac. O declínio das sociedades de economia mista e o advento das modernas empresas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, v. 32 p. 1-15; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **A derrocada da sociedade de economia mista e a ascensão do aspecto funcional da empresa privada**. Tese (Doutorado em Direito) - Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 1998.

Este quadro aliado a necessidade de capital para permitir a realização de investimentos capazes de embasarem e promoverem o desenvolvimento econômico e por conseguinte social, impôs ao Governo, afastar os aspectos mais relevantes e que justificavam o desinteresse do capital privado em ações e atividades econômicas estatais. (PINTO; BRUNO, 2013)

O modelo, no entanto, continuou sendo adotado e ganhou novos mecanismos para viabilizar o equilíbrio entre controle e autonomia na relação entre o Estado e suas empresas: a celebração de contratos de gestão com os dirigentes escolhidos para as empresas, a terceirização em bloco da gerência do ente estatal, e a escolha de um sócio estratégico, ingressando com seus capitais e sua expertise para ajudar na reestruturação da empresa. (NUSDEO, 2006, p. 271-272)

Para Fabio Nusdeo, as sociedades de economia mista promovem uma oxigenação do setor público e uma gestão ativas dos recursos públicos.

De toda forma, resta demonstrado que é grande o abismo que separa a sociedade de economia mista da empresa pública, havendo grande diferença entre optar por sócio ou por gerir uma empresa, seja ela prestadora de serviço público ou de atuante no exercício de atividade econômica.

### **3.4 Análise do *caput* do artigo 173 da Constituição Federal de 1988**

#### **3.4.1 Atividade econômica para os fins da Constituição**

O artigo 173 justifica a exploração pelo Estado de uma atividade pertencente ao domínio dos particulares. Portanto, necessário esclarecer a diferenciação entre o campo das atividades privadas e o campo das atividades públicas.

Para grande parte da doutrina, a atividade econômica encontraria sua definição adequada somente quando confrontada com o conceito de serviço público (CRETELLA JUNIOR, 1973, p. 257-258; MELLO, 2001; GRAU, 1981; MUKAI, 1989).

A definição do serviço público é pauta de grande discussão doutrinária, dando azo à dois grupos diversos: os que adotam definições convencionalistas de serviço público, que entendem ser o serviço público dependente de disposições constitucionais e/ou legais, e outro grupo denominado essencialista, para o qual os limites de definição do serviço público não se encontram na lei, mas em elementos a ela superiores (AGUILLAR, 2012).

Carlos Alberto de Moraes Ramos Filho (2009, p. 61), adepto ao primeiro grupo, entende que a definição do espaço público e do espaço privado cabe somente ao legislador constituinte.

Algumas atividades são reservadas ao Estado com exclusividade, como ocorre nos casos de monopólio (artigo 177 da CF/88), com a exploração da navegação aérea (artigo 21, XIII, c, da CF/88) e serviço do correio (artigo 21, X, da CF/88). Outras atividades, como educação e saúde, não lhe são atribuídas com exclusividade, o que significa que também podem ser exercidas pelos particulares.

O campo privado, por sua vez, é constituído por atividades conferidas expressamente aos indivíduos pela Constituição como direito subjetivo (por exemplo, o artigo 5º, XIII e artigo 170, parágrafo único da CF), além das atividades de exercício facultativo.

Diogo Figueiredo Moreira Neto (2003b, p. 416) também pode ser incluído no primeiro grupo, pois sustenta que os serviços públicos e respectivas competências estão todos expressos como funções administrativas na Constituição:

Seja explicitamente, nos arts. 21, 25 e 30 e dispositivos extravagantes dos arts. 194, 196, 200, 201, 203, 205, 208, 211 e 223, seja implicitamente, como os que sejam deles derivados e, ainda, todos os demais, que necessitam ser prestados em regime de exploração de atividade econômica.

O mesmo posicionamento é seguido por Aguillar (2012, p. 328), para quem é a Constituição Federal que define o espaço público e o espaço privado em matéria econômica:

Constitucionalmente não são dados poderes à União, Estados, Distrito Federal e Municípios para designar inovadamente qualquer atividade econômica como serviço público, mesmo que por via legislativa. Será inconstitucional, portanto, o ato legislativo (federal, estadual ou municipal) que criar privilégio estatal para o desempenho de qualquer atividade econômica que a Constituição Federal atribua à iniciativa privada. (AGUILLAR, 2012, p. 337)

Di Pietro (2005) e Dinorá Adelaide Musetti Grotti (2003) partilham do entendimento que não só o legislador constituinte, mas também o legislador ordinário possui competência para definir o serviço público.

Já para o grupo essencialista, a dicotomia entre serviço público e atividade econômica pode ser analisada sob a ótica dos critérios material, subjetivo e formal.

Sob o critério material, o conceito de serviço público seria distinto de atividade econômica, pois consistiria em atividades prestadas para satisfazer necessidades individuais de natureza essencial na prestação de comodidades ou utilidades materiais.

Para Marçal Justen Filho, o núcleo reconduzível ao que se denomina serviço público reside no aspecto material ou objetivo.

O autor sustenta que o conceito de serviço público seria alcançado mediante a indicação de certas atividades destinadas a satisfazer necessidades relacionadas direta e imediatamente com a dignidade da pessoa humana.

Enquanto o núcleo do conceito de serviço público residiria no vínculo de instrumentalidade direta e imediata entre a atividade e a dignidade da pessoa humana, o núcleo do conceito de atividade econômica estaria na racionalidade econômica, visando à obtenção de lucro, segundo o princípio do utilitarismo (JUSTEN FILHO, 2003, p. 30, 32, 34, 38).

Como expõe Ubiraja Custódio Filho (2006, p.201), a dificuldade em conceituar serviço público pelo aspecto material reside na estreita ligação deste com as funções e fins do Estado, pois este: “em sua evolução histórica, apresenta momentos de maior ou menor participação ativa na vida da sociedade, as oscilações nas atribuições estatais repercutem diretamente na definição de serviços públicos”. Portanto, o rol de serviços públicos seria mutável no tempo e no espaço<sup>67</sup>.

Sob o critério subjetivo, a distinção seria visualizada pelo fato de que os serviços públicos são prestados pelo Estado ou por quem lhe faça às vezes.

A fragilidade do critério estaria no fato de que nem todas as atividades de cunho econômico cometidas ao Estado são apenas serviços públicos, ou apenas atividades econômicas (CUSTÓDIO FILHO, 2006, p. 204).

Ainda, não seria possível afirmar que todo e qualquer serviço prestado pelo Estado seja público, e nem afirmar que o serviço público se qualifica como público porque de titularidade do Estado: “ao contrário, o serviço é de titularidade do Estado por ser público... sob o prisma lógico jurídico... o serviço é público antes de ser estatal”. (JUSTEN FILHO, 2003, p. 21)

---

<sup>67</sup> Ver também: ROCHA, Cármen Lucia Antunes. **Estudo sobre concessão e permissão de serviço público no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1996.

Por fim, de acordo com o critério formal<sup>68</sup>, enquanto os serviços públicos são prestados sob regime de direito público, as atividades econômicas são exploradas pelo regime privado:

Esse critério formal, assim entendido, a despeito de parecer aqui o mais adequado para o trabalho do operador do direito, também reclama por revisão, haja vista os seguintes pontos: a) não existe, no direito brasileiro atual, rigorosa distinção entre um certo regime jurídica de direito público e um certo regime jurídico de direito privado; b) o regime jurídico estatal de exploração direta de atividade econômica em sentido estrito não é puramente público nem puramente privado; c) há uma nova conformação legal de serviços públicos econômicos; d) os serviços públicos do art. 175 da CF/88 estão integradas ao domínio econômico. (CUSTÓDIO FILHO, 2006, p. 206)

A consideração da questão sob enfoque específico do regime jurídico forneceria subsídios para responder à questão “o que é serviço público” mas não propiciaria elementos para responder à indagação sobre “o que pode ser considerado serviço público” (JUSTEN FILHO, 2003, p. 21).

Celso Antonio Bandeira de Mello (2001, p. 602), seguido por Diógenes Gasparini (2003, p. 267) sustenta que a noção de serviço público deve se compor do aspecto material e do aspecto formal:

O primeiro elemento do serviço público é absolutamente insuficiente para configurá-lo, de vez que se trata de simples suporte fático, substrato material sobre o que se constrói a noção propriamente dita... quando houver prestação de utilidade ou comodidade, oferecida pelo Estado e fruível diretamente pelos cidadãos, haverá serviço governamental, mas não necessariamente serviço público. Este só existira se o regime de sua prestação for o regime administrativo.

Outra posição é assumida por Ubirajara Custódio Filho, para quem o critério jurídico adequado reside na ideia de “dever estatal”: “é dever do Estado – ‘incumbência’ sua, para usarmos a terminologia do art.175 – prestar os serviços públicos, o que não se dá no texto constitucional em relação às atividades econômicas em sentido estrito”.

Nos casos da saúde (artigo 199), educação (artigo 202) e previdência privada (artigo 202), a dicotomia seria inaplicável, pois nenhum deles encontra classificação dentro das duas categorias, que se encontram estruturadas nos limites da ordem econômica, alcançando somente os serviços industriais e comerciais.

---

<sup>68</sup> Adotado por Aloísio Zimmer Junior (2008, p. 260).

Propõe, portanto, que o critério jurídico alcança somente os chamados serviços públicos comerciais e industriais.

#### 3.4.1.1 Solução para o impasse: proposta de Carlos Ari Sundfeld

De toda forma, a distinção importaria para determinar que a empresa estatal que exerce serviço público é concessionária de serviço público e se submete à norma do artigo 175 e ao regime jurídico dos contratos administrativos, com aplicação dos princípios de direito público, tais como o da predominância do interesse público sobre o particular, o da igualdade de tratamento dos usuários, a da mutabilidade do regime jurídico, o da continuidade do serviço público, entre outros (DI PIETRO, 2005, p. 394-395).

Como expõe Celso Antonio Bandeira de Mello (2001, p.587), não há como reconhecer o que é “atividade econômica” e “serviço público”, senão recorrendo à concepção geral da sociedade vigente em determinada época.

Com base no entendimento de Carlos Ari Sundfeld (2001), entende-se que o direito brasileiro deve utilizar a terminologia “serviço de interesse econômico geral”<sup>69</sup>, que engloba os serviços públicos com caráter econômico, ou seja os serviços industriais e comerciais, pois tal classificação se coaduna melhor com as reformas estatais vivenciadas a partir do final do século XX:

Os hábitos doutrinários brasileiros, conservados de épocas passadas, têm determinado ainda hoje o uso da denominação “serviços públicos” para designar as atividades econômicas definidas, constitucional ou legislativamente, como de titularidade do Estado (servindo como exemplo as atribuídas à União pelo art. 21 da Carta de 1988). Mas, vencida a era do Estado empresário e iniciada a do Estado-regulador, a legislação brasileira passou a tratar essas atividades de um modo novo, admitindo sua exploração também em regime privado, embora sujeito à regulação estatal, o que tornou impróprio e perigoso o emprego, para designá-las, da velha expressão “serviços públicos”. Considerando que, na Europa — berço, justamente, do conceito de “serviço público” — o mesmo processo de reforma redundou na adoção de um novo conceito, o de “serviço de interesse econômico geral”, e isso por influência da “Carta Europeia dos Serviços de Interesse Geral” editada pela Comissão Europeia (cf. José María Souvirón Morenilla, La actividad de la administración y el servicio

<sup>69</sup>Ver: GONÇALVES, Pedro e MARTINS, Licínio Pedro. Os serviços públicos económicos e a concessão no Estado regulador [In: VITAL MOREIRA (org.)], **Estudos de regulação pública – I**. Coimbra: Coimbra ed., 2004, p. 183-207.

público, Granada: Ed. Comares, 1998, p. 278 e ss.), e levando em conta ainda o fenômeno de globalização do Direito, parece bem adotar a mesma terminologia. Portanto, passo a chamar de “serviços de interesse econômico geral” aqueles, como os de telecomunicações, energia elétrica, petróleo, saneamento básico, transportes coletivos, etc., titularizados pelo Estado, mas abertos à prestação por particulares, por meio de concessão, permissão ou autorização, sempre sob o poder regulador estatal.

A solução proposta por Ari Sundfeld, e aqui partilhada, se amolda à uma definição essencialista, ou seja, pautada por um critério residente fora da lei e da Constituição. No entanto, nem por isso o critério se mostra ilegal, mas pelo contrário, se adequa com a realidade mundial e com a dinâmica do Direito Econômico.

Já a definição de atividade econômica não encontra maiores questionamentos, podendo ser definida como toda função voltada à produção de bens e serviços que possam ser vendidos no mercado, ressalvados os casos de monopólio da União (artigo 177), o que justifica a inserção da cláusula “ressalvados os casos previstos nesta Constituição” no início do *caput* do artigo 173.

### 3.4.2 Indeterminação dos conceitos “segurança pública” e “relevante interesse coletivo”

A Constituição vigente determina que a participação do Estado enquanto agente da atividade econômica de forma direta cabe somente quando necessária aos imperativos da segurança nacional, ou a relevante interesse coletivo, nos termos de definição legal.

Mas o que seriam “imperativos da segurança nacional” e “relevante interesse coletivo”?

Tratam-se, na verdade, de conceitos normativos, ou seja: “aqueles conceitos que visam dados que não são simplesmente perceptíveis pelos sentidos ou percepçionáveis, mas que só em conexão com o mundo das normas se tornam representáveis ou compreensíveis.” (ENGLISH, 1983, p.212).

Os conceitos normativos possuem um grau elevado de indeterminação, razão pela qual o rol de casos enquadráveis em cada caso, a ser editada pelo legislador, deve ser meramente exemplificativo:

Observe-se que segurança nacional e interesse coletivo são, por natureza, conceitos jurídicos indeterminados (determináveis em cada caso concreto, segundo a doutrina comparada); daí não poder a lei referida no final da



disposição traçar um rol de casos exaustivos enquadráveis como de segurança nacional ou de relevante interesse coletivo: terá que ser necessariamente exemplificativo aquele rol. (MUKAI, 1989, p.130).

A indeterminação dos conceitos dispostos no *caput* do artigo 173 da Constituição Federal demanda a intervenção do legislador na configuração do real sentido das expressões “imperativos da segurança nacional” e “relevante interesse coletivo”, revelando que: “estes dois motivos configuram conceitos discricionários, sendo fácil apontar o caso de sua aplicação, mas demasiadamente difícil descobrir quando não cabe a intervenção”.

Leciona Andrade Júnior (1983, p.317), que nem sempre o binômio segurança nacional-interesse público esteve presente nas intervenções estatais, que decorreram de exigências do estado tecnoburocrático e da incapacidade do capitalismo nacional atender a todas as necessidades de produção e distribuição de bens e serviços ou implantação de projetos visando ao desenvolvimento econômico nacional: “o capitalismo brasileiro surgiu não a despeito da intervenção estatal mas por causa dessa intervenção”. (FERRAZ JUNIOR, 2013)

Primeiramente, no que tange aos “imperativos da segurança nacional”, a doutrina (PINTO FERREIRA, 1994, p.308; BASTOS e MARTINS, 1990; GRAU, 2008, p.282) converge de forma majoritária, entendendo que tal expressão diz respeito, sobretudo, à produção de bens e serviços indispensáveis ao funcionamento regular das Forças Armadas.

A segurança nacional, portanto, tem um sentido mais restrito, respeitante apenas às atividades desenvolvidas pelo Estado para produção bélica voltada ao regular funcionamento e satisfatório aparelhamento das forças armadas (RIBEIRO E ALVES, 2008):

Embora vago o conceito de segurança nacional, ainda assim ele não é ilimitado. Nada obstante o fato de as atividades propriamente marciais dependerem de uma retaguarda econômica, tecnológica, que lhes dê suporte, ainda assim a expressão segurança nacional há de ater-se àquelas atividades que dizem respeito diretamente à produção de bens e serviços necessários ao regular funcionamento e até mesmo ao satisfatório aparelhamento das forças armadas. Isto não significa que toda produção bélica tenha de ser gerada pelo Estado, obrigatoriamente. O que o Texto Constitucional consagra é uma permissão para que, ocorridos pressupostos relativos à segurança nacional, passe o Estado a desempenhar atividade ou indústria que se mostrarem necessárias (BASTOS, 1990, p.73).

Para Gastão Alves de Toledo (2010, p. 336), no entanto, a segurança externa do país pode ter um significado mais amplo que o de segurança militar:

A segurança econômica deve ser sublinhada para hospedar a ideia de que é possível haver ameaça à segurança interna, diante de grave problema econômico, que justifique a participação do Estado para saná-lo. Isto pode ocorrer, por exemplo, se houver prolongada escassez de gêneros de primeira necessidade ou de insumos básicos para a estrutura industrial e setores vitais da economia, para cuja solução de curto prazo se imponha a presença do Estado na atividade econômica, em sentido estrito.

De toda forma, mesmo aplicando o significado mais amplo acima proposto, permanece a ideia de que o primeiro pressuposto (“segurança nacional”) é de ordem política e visa proteger um interesse ligado à soberania.

Já o segundo pressuposto (“relevante interesse coletivo”) seria de ordem técnica: “a atuação do Estado, no segundo caso, é no sentido de suprir certas disfunções na mecânica operacional do mercado, que o impedem de operar a contento”. (RAMOS FILHO, 2009).

A atuação do Estado na defesa do relevante interesse coletivo está diretamente associada à necessidade de sua intervenção para corrigir falhas de mercado (RIBEIRO e ALVES, 2008), mas deve ser interpretada com o rigor necessária para não permitir a atuação indevida do Estado no domínio dos particulares, como observa Celso Ribeiro Bastos (1990, p. 73-74):

A segunda causa de exploração direta da economia pelo Estado é o relevante interesse coletivo. Esta cláusula surge em substituição à anterior, que falava em “organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e de liberdade de iniciativa” (art.163). A atual é aparentemente mais ampliativa porque não alude à ineficácia do setor privado, dando a entender que qualquer atividade que diga respeito a relevante interesse coletivo possa ser estatizada. Esse não é a nosso ver o entendimento correto. Em primeiro lugar porque o preceito há de ser interpretado à luz dos princípios constitucionais. Destarte o que há, em primeiro lugar, de prevalecer é a iniciativa privada, que só pode ceder diante da evidência de que na hipótese a iniciativa particular não está atingindo o interesse coletivo. Em outras palavras, é necessário que se comprove que o Estado terá melhores condições de atingir o interesse coletivo do que os particulares. Cumpra, pois, que haja alguma situação para qual a empresa privada não esteja habilitada ou predisposta a atingir determinado alvo, tido pelo Estado como relevante interesse coletivo. Além disso é necessário que o próprio Poder Público traga à luz quais são as suas opções de vantagem que permitem fazer crer que ele melhor cumprirá o desígnio constitucional. (BASTOS, 1990, p. 73-74).

Pondera Eros Graus (2008, p. 282) que a definição de interesse público<sup>70</sup> para fins de interpretação do *caput* do artigo 173 deve levar em consideração os princípios da ordem econômica. A conclusão é evidente e, dada a amplitude que o termo pode assumir, mas importa porque permite salvaguardar os valores afetos à ordem econômica, à ideologia capitalista e ao sistema dual de iniciativa.

Observe-se que a ausência de lei delimitando a amplitude dos conceitos constantes no *caput* do artigo 173 da CF/88, ou menos, nos moldes expostos por Toshio Mukai, trazendo um rol exemplificativo, acaba por revelar que a Constituição concedeu ao Estado limites puramente formais, e impotentes em termos operacionais, pois um conceito indeterminado se torna determinado mesmo na ausência de lei que oriente sua interpretação.

A determinação nesse caso, ocorre não por intermédio de lei, mas por meio da práxis política e econômica:

Assim, a inadequação entre a norma e o contexto conduz a uma curiosa situação em que os verdadeiros limites constitucionais à intervenção estatal no domínio privado são deslocados para a própria praxis política e econômica do Estado, no sentido de que somos obrigados a ver como ele age para, então, saber o que dele se pode exigir. Para o jurista, este quadro põe em questão o próprio sentido do Direito, o qual ao invés de se revelar como critério seguro e certo da ação passa a ser o mero resultado daquilo que a Constituição deveria controlar. Consequentemente, a tradicional teoria da soberania constitucional sofre uma inversão no campo econômico: soberano é o executor, passando as normas a meros instrumentos justificadores de uma situação ditada pela mera eficiência. (FERRAZ JUNIOR, 2013)

Muito embora a práxis social e política venha preenchendo essa lacuna legislativa, permanece a necessidade de uma legislação integradora que defina o alcance correto das expressões e conceda sentido à norma de eficácia limitada.

Pontue-se, por fim, que a norma de eficácia limitada, sem a competente legislação, deveria ser mínima, mas no caso do *caput* do artigo 173 tem sua eficácia completa, porém moldada por critérios que não foram definidos da forma constitucionalmente determinada. Se assim o é, ao menos que tais definições se pautem pelos princípios informadores da ordem econômica brasileira.

<sup>70</sup> Sobre interesse público: FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Interesse público**. Disponível em < <http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/31>>. Acesso em 03/01/2013; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e Discrecionalidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 6-10; WUNDER, Daniel Hachem. **Princípio Constitucional da Supremacia do Interesse Público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

### 3.4.3 Necessidade de lei de caráter geral

As expressões “segurança nacional” e “relevante interesse coletivo” não são auto-executáveis, demandando legislação de integração: “é óbvio que a esta não é dado atuar de forma arbitrária e caprichosa. Há de ater-se à significação mínima que as cláusulas a serem integradas já possuem”. (BASTOS, 1990, p. 75)

O legislador não qualificou a lei integradora como federal.

Para Toshio Mukai (1989, p.130), a lei integradora pode ser federal, estadual ou municipal:

Dado que a Constituição empregou na norma a expressão ‘Estado’ (tal como fazia a Constituição anterior no art.170), verifica-se que tanto a União como os Estados-membros e os Municípios (estes dois últimos apenas nas hipóteses em que houver relevante interesse coletivo, pois segurança nacional é matéria de competência exclusiva da União) poderão utilizar-se dele. Daí se concluir que a lei referida no final da disposição deverá ser federal, estadual ou municipal, conforme o caso.

Em opinião contrária, Celso Bastos (1990, p. 92) sustenta que lei a que se refere o texto é a federal, com exclusão da competência estadual e municipal: “a falta de referência expressa a uma possível lei desta natureza no campo dos Estados e Municípios parece excluir tal possibilidade”.

Marcia Carla Pereira Ribeiro e Solange Afonso de Lima (2008, p. 27) fazem distinção considerando a segurança nacional e o relevante interesse coletivo: “quanto à segurança nacional, somente pode ocorrer no âmbito federal, uma vez que interpretada como defesa nacional. Quanto ao relevante interesse coletivo, poderá estar contido em norma federal, estadual ou municipal”.

Considerando, no entanto, que o caso trata de matéria de Direito Econômico, cuja competência legislativa pertence de forma concorrente à União e aos Estados, compartilha-se da lição de Eros Grau (2008, p. 282-283), para quem a lei definidora dos conceitos referidos poderá ser lei federal ou lei estadual.

Para Tércio Ferraz (1976), a exigência de lei não exclui a possibilidade de normas vagas (especificadas pelas resoluções, pareceres e portarias dos diversos órgãos públicos) interpretarem os conceitos em análise.

Entende-se, todavia, que após a edição de lei regulamentadora, seja no âmbito federal/estadual/municipal, tais normas vagas não poderão ser utilizadas fora dos limites estabelecidos, sob pena de evidente ilegalidade.

Celso Bastos (1990, p.75) entende que não basta a existência de lei de caráter geral, sendo necessário também uma autorização legal específica, pois as atividades econômicas serão cumpridas por pessoas jurídicas de direito privada que demandam de lei para sua criação.

Cumpra frisar, nesse ponto, que uma coisa é a autorização para criação das empresas estatais, e outra a exigência de lei para definir suas áreas de atuação.

Nos termos do artigo 37, XIX da Constituição Federal, a autorização legal específica é exigida apenas para permitir a criação das empresas estatais.

Portanto, após edição da lei prevista no *caput* do artigo 173, a autorização legal específica para criação das estatais está diretamente condicionada à adequação do objeto da empresa aos conceitos determinados pelo legislador infraconstitucional.

Quanto ao tipo de legislação adequada, o próprio artigo 37, XIX impõe a adoção de lei complementar, pois é desta natureza a legislação que delimitará as áreas de atuação das estatais. (ALVES e RIBEIRO, 2008, p. 5; MELLO, 2001, p. 616)

#### 3.4.3.1 Projetos de lei em trâmite

A necessidade na edição de um estatuto jurídico das empresas estatais<sup>71</sup> culminou no encaminhamento de Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública ao Governo Federal em 16 de julho de 2009, estabelecendo normas gerais sobre três aspectos importantes e polêmicos que cercam as empresas estatais (BORGES, 2010, p.59-60): regras especiais de fiscalização das empresas estatais; normas gerais de procedimento licitatório, e regras tendentes a disciplinar a sujeição das empresas estatais ao mesmo regime jurídico próprio das empresas privadas em geral, quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias, com exclusão de privilégios fiscais não extensíveis às empresas do setor privado.

O anteprojeto se transformou no Projeto de Lei n.º 5.345/09, apresentado pelo então Deputado Federal Gustavo Fruet. O projeto foi arquivado na Mesa

---

<sup>71</sup> Para maior aprofundamento ver: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; ALVES, Rosângela do Socorro. **Por um Estatuto Jurídico para as Sociedades Estatais que Atuam no Mercado**. Prêmio DEST/MP de Monografias: 2008.

Diretora da Câmara dos Deputados<sup>72</sup>, com base no artigo 105<sup>73</sup> do Regime Interno da Câmara dos Deputados.

Em 01/03/2011, o Deputado Federal Rodrigo Garcia apresentou o Projeto de Lei 622/2011, que visa instituir o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias a que se refere o art. 173, § 1º da Constituição Federal.

O projeto tramita em caráter conclusivo, pendendo de análise pelas comissões de Trabalho, de Administração e Serviço Público; de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio; e de Constituição e Justiça e de Cidadania<sup>74</sup>.

No Senado Federal, o Projeto de Lei n.º 207/09, apresentado pelo Senador José Sarney, tramita conjuntamente com os Projetos de Lei n.ºs 220/09 (apresentado pela Senadora Marisa Serrano), 238/09 (apresentado pelo Senador Álvaro Dias) e 12/10 (apresentado pela Comissão da CPI Petrobrás 2009, visando regulamentar o procedimento licitatório simplificado para contratação de obras, serviços, aquisições e alienações, no âmbito da Petróleo Brasileiro S.A. - Petrobras, nos termos do inciso III, § 1º, do art. 173 da Constituição Federal).

Os projetos se encontram na Câmara de Constituição, Justiça e Cidadania desde 12/05/2011<sup>75</sup>.

---

<sup>72</sup> Informação disponível em: <  
<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=437188>>. Acesso em 10.01.13.

<sup>73</sup> Art. 105. Finda a legislatura, arquivar-se-ão todas as proposições que no seu decurso tenham sido submetidas à deliberação da Câmara e ainda se encontrem em tramitação, bem como as que abram crédito suplementar, com pareceres ou sem eles, salvo as:

- I – com pareceres favoráveis de todas as Comissões;
- II – já aprovadas em turno único, em primeiro ou segundo turno;
- III – que tenham tramitado pelo Senado, ou dele originárias;
- IV – de iniciativa popular;
- V – de iniciativa de outro Poder ou do Procurador-Geral da República.

Disponível em: <  
[http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/1926/regimento\\_interno\\_8ed.pdf?sequence=5](http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/1926/regimento_interno_8ed.pdf?sequence=5)>. Acesso em 10.01.13.

<sup>74</sup> Consoante informação disponível em: <  
<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=493660>>. Acesso em 10.01.13.

<sup>75</sup> Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=91214](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=91214)> . Acesso em: 10.01.13.

## **CAPÍTULO 4 INTERVENÇÃO SANCIONATÓRIA**

### **4.1 Relações entre o Estado e a ordem concorrencial: o Estado como garante da ordem concorrencial**

A ordem concorrencial é indissociável da noção de mercado: “não há ordem concorrencial concebível sem a existência de um mercado, assim como não há mercado sem concorrência.” (CHEVALLIER, 2007, p. 133)

Se o mercado pressupõe a concorrência, pois é nele que esta se realiza, a previsão estatal de uma ordem econômica coloca em pauta também o Estado e o próprio Direito.

O mercado necessita de regras jurídicas que permitam sua existência e a permanência da ideologia capitalista, e o Direito cumpre tal íterim por meio das previsões constitucionais do direito de propriedade, função social da propriedade, liberdade contratual, proteção do consumidor, entre outras.

Por outro lado, essas regras exigem que o Estado também participe da vida econômica, o que ele faz pautado pelas diretrizes jurídicas traçadas nas diversas modalidades de intervenção estatal, entre as quais a intervenção na ordem concorrencial.

A participação estatal na vida econômica por meio de diretrizes jurídicas não importa em concluir que seja necessário fundir a ordem concorrencial e a ordem estatal, pois subsiste a oposição das racionalidades inerentes a cada uma: “ocorre, simplesmente, que cada uma das ordens precisa da outra. Trata-se, portanto, de uma relação dialética que as une”. (CHEVALLIER, 2007, p. 135)

A relação dialética entre a ordem concorrencial e a ordem estatal permite a identificação de três tipos de relação, que se combinam e se conjugam: o Estado sobrepujado pela ordem concorrencial, o Estado submetido à ordem concorrencial, e o Estado garante da ordem concorrencial.

O Estado sobrepujado pela ordem concorrencial demonstra sua superação por fatores que não podem por ele ser controlados, constatada pelo processo de globalização econômica que ultrapassa fronteiras estatais para se estender ao nível mundial.

O Estado submetido à ordem concorrencial importa em ponderar que a intervenção direta do Estado na ordem econômica culminou na criação de importantes empresas estatais ou outras modalidades de institutos que devem se submeter à regulação concorrencial, pois atuam ao lado dos agentes particulares, aos quais pertence o domínio econômico.

As duas relações acima referidas serão tratadas com mais vagar no próximo capítulo.

Já o Estado garante da ordem concorrencial se traduz na ideia de que a intervenção estatal é necessária para assegurar o bom funcionamento do mercado, sobrevivendo, portanto, por meio dos dispositivos estatais de regulação da concorrência. (CHEVALLIER, 2007, p. 136-142)

É esse o ponto analisado no presente capítulo, denominado por Diogo de Figueiredo Moreira Neto de intervenção sancionatória, essencial para permitir o controle da ordem privada dentro do mercado.

Com expressa previsão constitucional na ordem econômica brasileira (artigo 173, § 4º da CF/88), a repressão aos abusos praticados contra a ordem econômica é regulamentada por meio de legislação infraconstitucional, tanto em matéria penal (Lei n.º 8.137/90, artigos 4º a 6º), quanto no campo administrativo (Lei n.º 12.529/11), este último consistente no controle preventivo das estruturas de mercado e no controle das condutas anticoncorrenciais ilícitas.

A regulamentação do poder econômico no mercado constitui o conjunto de regras expressas na já examinada Constituição econômica material<sup>76</sup>.

O Estado garante o faz mediante a procura pelo correto equilíbrio entre o princípio da livre-concorrência e entre as exigências que procuram satisfazer o interesse público ou a ordem pública.

Como a intervenção regulatória é indispensável para “instituir” a ordem concorrencial e para regular seu funcionamento, previamente à análise do artigo 173, § 4º da CF, serão objeto de investigação os princípios da liberdade de iniciativa, a livre concorrência e as falhas de mercado, e o embate entre a regulação tradicional e a defesa da concorrência.

---

<sup>76</sup> Conceituada como as normas que definem os pontos fundamentais da organização econômica, estejam ou não incluídas na Constituição escrita (FERREIRA FILHO, 2008, p. 353).



Antes, contudo, necessária breve incursão nas origens do direito concorrencial e sua disciplina constitucional e legislativa no Brasil.

## 4.2 Origens do direito concorrencial

Segundo Paula Forgioni (2008), a disciplina da concorrência não surgiu concomitantemente com o sistema de mercado liberal, e a linha de evolução do fenômeno concorrencial pode ser identificada em três momentos diversos:

- i) A determinação de regras para o comportamento dos agentes econômicos no mercado, por razões absolutamente práticas, visando a resultados eficazes e imediatos, eliminando distorções típicas.
- ii) A regulamentação do comportamento dos agentes econômicos como contraponto a um sistema de produção entendido como ótimo. Essa regulamentação é, então, vista como correlata à estrutura do próprio sistema. A concorrência assume seu sentido técnico, que lhe é dado pela ciência econômica. De outra parte, sua disciplina visa a proteger o mercado contra seus efeitos autodestrutíveis (correção de efeitos típicos danosos, visando à manutenção do sistema).
- iii) A regulamentação da concorrência e, portanto, do comportamento dos agentes econômicos no mercado passa a ser vista não apenas como essencial para a manutenção do sistema, mas também como instrumento de implementação de uma política pública (correção de efeitos típicos danosos, visando não apenas à manutenção, mas também à condução do sistema). (FORGIONE, 2008, p. 32-33)

O primeiro período, no qual a disciplina da concorrência servia para eliminar distorções típicas, é verificado na Antiguidade Grega e romana, nas quais a prática do monopólio multiplicou-se na medida em que o governo descobriu o aumento de rendas com a utilização desse expediente.

Na Idade Média o conceito de monopólio também era exercido pelo agente econômico privado, e a disciplina da concorrência surgiu por meio das corporações de ofício identificadas na Europa (FORGIONI, 2008, p. 34, 37):

Se lembrarmos dessa figura medieval, vamos verificar que ela corporificava um sistema absolutamente oposto àquilo que os economistas dizem que o mercado concorrencial deve ser. Existia, naquela época, um mercado consumidor extremamente restrito. Dessa forma, os produtores de bens ou serviços organizaram-se em grupos fechados, que controlavam de forma extremamente rigorosa a oferta de produtos, com o intuito de manter a oferta equilibrada com a demanda. Estas corporações de ofício preocupavam-se, também, com a qualidade dos produtos e com o preço, que deveria ser “justo”.

O problema conceitual central desse regime consistia na inexistência de liberdade para acesso ao mercado, havendo o controle deste por poucos agentes econômicos. (COELHO, 2006, p. 202)

Na fase mercantilista, foi-se desenvolvendo um princípio de condenação dos monopólios ou atividades e acordos monopolísticos, em especial a partir dos comentários de Édito de Zenão, que condenava os pactos anticompetitivos:

Inicia-se, principalmente na Inglaterra do final do Século XVI, a contestação de legalidade da concessão real de monopólio: tal movimento de reação ao poder do soberano é apontado pelos norte-americanos como o início da história do antitruste, pela riqueza das decisões dos tribunais ingleses a respeito dessa matéria... a reação aos monopólios derivados de concessões estatais generalizou-se, culminando, em 1624, com a aprovação, pelo Parlamento inglês, do *Statute of Monopolies*, impedindo a concessão real de monopólios, de maneira a limitar o poder do soberano.(FORGIONI, 2008, p. 53-54)

O segundo período é identificado com a revolução industrial, que deu início à nova concepção da concorrência, correlata ao mercado liberal:

Em março de 1791, com a adoção do *Décret d'Allarde*, procura-se instaurar a liberdade de comércio e de indústria para todos, permitindo o exercício de uma profissão sem a necessidade de pertencerem os cidadãos a uma corporação de ofício...

A *Lei Le Chapelier*, de junho de 1791, insiste no mesmo ponto, proibindo as corporações de ofício e retomando a liberdade de comércio, instrumental para a nova ordem que se instalava... a concorrência passa a ser encarada como a solução para conciliar a liberdade econômica individual com o interesse público, ao mesmo tempo em que se assegura ao industrial ou comerciante a mais ampla liberdade de atuação, com a concorrência evitando qualquer comportamento danoso à sociedade.(FORGIONI, 2008, p. 58-61)

Sobre a passagem do período mercantilista para essa nova fase, Eros Grau (2008, p. 20) leciona que no modelo clássico de mercado, a ideia de poder econômico era ignorada, atuando os agentes econômicos sob o princípio do livre mercado: “Daí o arranjo inteligente das leis anti-trust, que preservam as estruturas dos mercados, sem, contudo, extirpar a hegemonia dos monopólios e oligopólios”.

É no segundo período que a grande maioria dos autores que tratam do direito concorrencial identificam seu início, com a edição do *Sherman Act*<sup>77</sup>, nos Estados Unidos da América. Editado em 1890, o documento é entendido como o

<sup>77</sup> Para maior aprofundamento: SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial: as Estruturas**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p.68-75. BAGNOLI, Vicente. Poder Econômico e Imperialismo: A Relação entre Público e Privado (A História do Capitalismo). **Revista da Faculdade de Direito**, São Paulo, v. 101, p. 587-624, jan./dez.2006; FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 72-81.

primeiro reconhecimento legislativo do direito da concorrência (SALOMÃO FILHO, 2007b, p. 68):

O *Sherman Act*, um dos mais antigos diplomas legais sobre abuso do poder econômico, datado de 1890 e que ainda está em vigor, contém apenas punição contra a monopolização ou tentativa de monopolização, mas não contra o monopólio em si. Ou seja, já à época da sua edição, o diploma não era suficiente para resolver o problema do abuso do poder econômico, pois admitia somente a repressão *a posteriori* dos atos abusivos.

Esse quadro exigiu a edição do *Clayton Act*, em 1914, o qual estabeleceu um controle preventivo, passando a proibir condutas que poderiam caracterizar, no futuro, lesões à concorrência (teoria da *incipiency*). Conforme ressalta Marcos Juruena Villela Souto: 'A ideia não foi condenar o tamanho das grandes organizações, mas, dentro de condições específicas, conter a criação de trustes, cartéis e monopólios antes de sua consumação'. (NESTER, 2006, p. 31)

No terceiro período surgem as técnicas de organização dos mercados, coincidente com a fase de maior intervencionismo estatal, advindo da influência de Keynes, já referida no primeiro capítulo:

Os Estados Unidos da América começam a utilizar a legislação antitruste como um importante instrumento de política econômica, já que a manutenção da concorrência protegeria o interesse público de uma sociedade pautada na livre iniciativa e igualdade de oportunidades. (BAGNOLI, 2008, p. 131)

Foi nesse período, portanto, que as normas antitruste passaram a ser utilizadas como instrumento de implementação de políticas públicas, cuja influência afetou a legislação de diversos Países, dentre os quais, o Brasil, como adiante será demonstrado.

#### 4.3 Breve histórico da disciplina constitucional e legislativa<sup>78</sup> no Brasil

Na fase colonialista, a relação entre Brasil e Portugal era eminentemente fiscalista.

Com a chegada de D. João VI e a transferência da Corte Portuguesa para o Brasil, foi implementada uma política que acabou por fomentar o desenvolvimento

<sup>78</sup>Nos mesmos moldes do capítulo anterior, a análise será realizada por meio de referências às Constituições Federais brasileiras e as respectivas legislações que trataram da matéria no âmbito administrativo, sem pretender exaurir a análise histórica ou retirar o caráter jurídico do trabalho. As legislações de caráter civil e/ou penal não serão objeto de análise.

econômico do País: “dentre as quais pode-se mencionar a abertura dos portos, a fundação do Banco do Brasil e a liberação da manufatura e da indústria, revogando-se o Alvará de 5 de janeiro de 1785, que proibia sua instalação na colônia”. (CORDOVIL et al., 2012, p. 17)

A Constituição de 1934 elevou a nível constitucional a liberdade econômica, mas sob sua égide também não houve qualquer lei que regulamentasse o processo competitivo sob uma ótica antitruste. (FORGIONI, 2008, p. 111)

Foi a partir da segunda república que iniciou no Brasil uma economia de mercado, com peculiaridades próprias e contraditórias: “uma economia de mercado dependente do Estado, não só no que diz respeito a intervenções a favor da concorrência e do próprio mercado, mas um domínio econômico privado cujo cordão umbilical ainda não se separou do Estado”. (MOREIRA, E. B., 2004b, p. 95-96)

Na constituição de 1937, coerente com a ideologia fascista, foram consignados os crimes contra a economia popular, equiparando-os aos crimes contra o Estado (SOUZA, 2003, p. 257). A atuação do Estado no domínio econômico tinha como função apenas a correção de disfunções, e nela a economia popular foi erigida a princípio:

Regulamentando o referido dispositivo, veio o Decreto-lei 869, de 18 de novembro de 1938, nitidamente, em muitos de seus aspectos, uma lei antitruste. ***Note-se que o primeiro diploma brasileiro antitruste surge com uma função constitucional bastante definida, buscando a tutela da economia popular e portanto, precipuamente, do consumidor... a antitruste não nasce, no Brasil, como elo lógico de ligação entre o liberalismo econômico e (manutenção da) liberdade de concorrência. Nasce como repressão ao abuso do poder econômico e tendo como interesse constitucionalmente protegido o interesse da população, do consumidor.***

Essa função constitucionalmente assegurada à nossa primeira Lei Antitruste constitui uma das principais diferenças que se fazem sentir entre o sistema norte-americano e o brasileiro. A legislação norte-americana vem calcada no princípio da proteção e manutenção da concorrência (como correlata a um princípio liberal) e não na proteção direta do consumidor. (FORGIONI, 2008, p.114, grifo nosso)

Com relação à regulamentação da repressão ao abuso do poder econômico, foi realizada por alguns diplomas legais de forma diluída até a edição do Decreto-lei n.º 7.666/45, conhecida como “Lei Malaia”:

O Dec.-Lei 7.666/1945 foi o primeiro texto normativo a tratar as infrações à ordem econômica como infrações administrativas e na penais (como a fazia o Dec-Lei 869/1938) e o primeiro documento brasileiro a estabelecer a

necessidade de autorização de um órgão administrativo, a Comissão Administrativa de Defesa Econômica – Cade, para a realização de certos atos empresariais, como a formação, incorporação, transformação e agrupamento de empresas, ajustes e acordos que produzissem ou pudessem produzir efeitos de aumentar o preço de venda dos produtos daquelas empresas, suprimir a liberdade econômica ou influenciar o mercado de modo a estabelecer um monopólio.

Adotado no Governo Vargas, por iniciativa de seu Ministro Agamenon Magalhães, num contexto de discurso nacionalista de proteção do capital e do mercado brasileiros contra ataques de cartéis e o abuso do poder econômico internacional, o Dec-Lei 7.666/1938 foi fortemente combatido e revogado logo após a saída de Getúlio Vargas. (CORDOVIL et al., 2012, p. 18)

Foi a Constituição de 1946<sup>79</sup> a primeira a trazer de forma expressa o princípio da repressão ao abuso do poder econômico, tratando-a de modo mais amplo que a Carta anterior (SOUZA, 2003, p. 257).

Até o ano de 1962, inexistiu um diploma legal específico que regulamentasse a previsão constitucional, o que somente ocorreu com a edição da Lei n.º 4.137/62:

Ao que tudo indica, em seu período de vigência, sem embargo de alguns breves “surtos” ou “ondas” de aplicabilidade, a Lei Antitruste de 1962 não encontrou uma maior efetividade na realidade brasileira, não sendo possível identificar qualquer atuação linear e constante de uma política econômica que se tenha corporificado em uma política da concorrência. (FORGIONI, 2008, p. 141)

Com a Constituição de 1967, o abuso do poder econômico passou da categoria de ‘artigo autônomo’ para a condição de ‘princípio’”, enquanto a EC n.º 1/69 acrescentou o “desenvolvimento nacional” ao lado da justiça social, nos seguintes termos: “artigo 160. A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social.” (SOUZA, 2003, p. 257).

Por fim, a Constituição Federal de 1988 retirou a qualidade de princípio da repressão ao abuso do poder econômico para a condição de uma das formas dessa atividade, da mesma maneira disposta na Carta de 1946 (SOUZA, 2003, p. 257).

No que tange à legislação infraconstitucional, em 1991 foi promulgada a Lei n.º 8.258/91, em fase de liberalização da economia e abertura do mercado brasileiro. Por meio dessa lei, o CADE passou a atuar em conjunto com a SNDE – Secretaria

<sup>79</sup> Prevê o artigo 148: “A lei reprimirá a toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros”.

Nacional de Direito Econômico, atribuída com funções de suporte de pessoal e suporte administrativo. (FORGIONI, 2008, p. 143)

Na sequência, a Lei 8.884/94<sup>80</sup> sistematizou a matéria antitruste, transformando o CADE em autarquia federal, e implementando o SBDC – Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, composto pelo CADE, pela SEAE – Secretaria de Acompanhamento Econômico, vinculada ao Ministério da Fazenda, e pela SDE – Secretaria de Direito Econômico, vinculada ao Ministério da Justiça. (AGUILLAR, 2012, p.143-144).

Tratava a lei das questões concorrenciais em dois planos fundamentais: o controle da concentração empresarial e o controle das condutas anticoncorrenciais<sup>81</sup>.

Em 2011, foi promulgada a Lei n.º 12.529, que entrou em vigor em maio de 2012, trazendo alterações de três ordens: institucionais, com redefinição do Conselho, criação de novos órgãos e reformulação de competências; materiais, que dizem respeito ao conteúdo das regras jurídicas substantivas do antitruste brasileiro, e alterações processuais, adotadas no seio do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (AGUILLAR, 2012, p.273).

Quanto às alterações institucionais, o SBDC – Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência passou a ser composto pelo CADE, (este subdivido em três órgãos: Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, Superintendência-Geral e Departamento de Estudos Econômicos – artigo 5º) e pela SEAE – Secretaria de Acompanhamento Econômico. A SDE – Secretaria de Direito Econômico, passou a operar na Superintendência-Geral do CADE.

As alterações materiais trouxeram pequenas alterações nas infrações e nas penas, regulando de forma inteiramente nova os prazos de prescrição e direito e de ação.

As alterações processuais alteraram a sistemática anterior, reformulando totalmente as regras procedimentais<sup>82</sup>.

---

<sup>80</sup> Para peculiaridades da Lei 8.884/94 ver: SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras Linhas de Direito Econômico**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2003, p. 268-277.

<sup>81</sup> Aguillar (2012, p. 270-272) traz estudo da Procuradoria Geral do CADE, no qual foram realizados levantamentos que revelam as modalidades de práticas anticoncorrenciais que mais tem sido condenadas perante o CADE, bem como a quantidade de atos de concentração julgados.

A nova lei manteve a sistemática da Lei n.º 8.884/94 no que pertine à definição dos comportamentos anticoncorrenciais por intermédio da análise do objetivo do agente e pelos efeitos do ato praticado (AGUILLAR, 2012, p. 301).

Ultrapassados os aspectos históricos, importa ponderar sobre os princípios da liberdade de iniciativa e a livre concorrência, que atuam como balizadores da disciplina concorrencial, dando origem aos dois grandes grupos de normas que tratam da disciplina.

#### 4.4 A liberdade de iniciativa e a livre concorrência

A liberdade de iniciativa e a livre concorrência não são, como pode parecer, sinônimos, mas sim duas realidades antagônicas. Enquanto a primeira visa delimitar os espaços de atuação dos agentes econômicos, a segunda visa delimitar a fronteira entre o direito de empreender de forma livre e o abuso desse mesmo direito:

O princípio da liberdade de iniciativa é um direito do agente econômico em face do Estado, demandando uma abstenção deste, enquanto o princípio da livre concorrência é um direito do agente econômico em face de outro agente econômico, demandando não mais a omissão, mas a efetiva interferência estatal na economia (AGUILLAR, 2012, p. 266)

No mesmo sentido leciona Miguel Reale (1991, p. 14):

Livre iniciativa e livre concorrência são conceitos complementares, mas essencialmente distintos. A primeira não é senão a projeção de liberdade individual no plano da produção, circulação e distribuição de riquezas, assegurando não apenas a livre escolha das profissões e atividades econômicas, mas também a autônoma eleição dos processos ou meios julgados mais adequados à consecução dos fins visados. Liberdade de fins e meios informa o princípio da livre iniciativa, conferindo-lhe um valor primordial, como resulta da interpretação conjugada dos citados arts. 1º e 170. Já, o conceito de livre concorrência tem caráter instrumental, significando o princípio econômico segundo o qual a fixação dos preços das mercadorias e serviços não deve resultar de atos de autoridade, mas sim do livre jogo das forças em disputa de clientela na economia de mercado.

---

<sup>82</sup> O objeto da pesquisa não permite a inserção em cada uma das mudanças trazidas pela Lei n.º 12.529/11. Comentários específicos acerca dos aspectos materiais serão realizados na sequência. Para maiores detalhes sobre as mudanças consultar: CORDOVIL, Leonor; BAGNOLI, Vicente; CARVALHO, Vinicius Marques de; ANDERS, Eduardo. **Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

A liberdade de iniciativa exige abstenção do Estado e atribui liberdade ao particular, ao passo que a livre concorrência exige uma ação do Estado e cerceia a liberdade do particular:

A expressão 'livre', usada para qualificar esse tipo de concorrência indica a incidência da lei, de modo que a competição possa ser exercida sem as distorções restritivas da liberdade de iniciativa". A concorrência, enquanto entidade econômica, ao ser qualificada como 'livre', deixa o campo econômico e passa a pertencer ao mundo jurídico. (VAZ, 2002, p. 191)

No ordenamento jurídico brasileiro, a livre concorrência é um meio, e se traduz numa das vigas mestras do êxito da economia de mercado, pois é por meio dela que se melhoram as condições de competitividade das empresas, forçando-as a um constante aprimoramento dos seus métodos e custos, despertando a atenção do consumidor (BASTOS, 1990, p.26):

Tanto o princípio da livre iniciativa como da livre concorrência, se traduzem em pautas normativas que devem orientar a atuação dos poderes públicos de modo a estimular a concorrência, que do ponto de vista econômico é necessária ao desenvolvimento social. Os mercados com efetiva concorrência entre os agentes econômicos interessam às sociedades, uma vez que geram competição e, por conseguinte, mantêm os preços próximos ao custo de produção, possibilitando a um maior número de pessoas o acesso ao que é produzido. Deste modo, a concorrência efetiva enquanto mecanismo de proteção ao consumo e ampliação de acesso aos produtos é o valor salvaguardado em nível constitucional. (ROCHA, 2013)

Já o princípio da livre-concorrência visa não somente fornecer proteção contra os abusos anticoncorrenciais, mas também preservar as estruturas da concorrência:

É o objetivo que, desde as origens, é buscado pelas legislações e regulamentações – precoces nos Estados Unidos da América (Sherman Act, 1890, Clayton Act, 1914), tardias na França (decreto de 1953, modificado em 1967) – relativas à concorrência. Esses textos visam não apenas à preservação das estruturas de concorrência (controle das concentrações, igualização das condições de concorrência), mas também à proteção contra os comportamentos anticoncorrenciais (cartéis, abuso de posição dominante). (CHEVALLIER, 2007, p. 139)

Eros Grau (2008, p. 211-215) pondera que a livre concorrência significa liberdade de concorrência, desdobrada em liberdade privada e liberdade pública, e assumindo, no contexto da Constituição de 1988, sentido conformado pelos demais



princípios por ela contemplados, ou seja, é uma liberdade social pois voltada à transformação da sociedade.

Dessa dupla proteção surgem os dois grandes grupos de normas jurídicas que tutelam o funcionamento do mercado na ideologia capitalista: as normas de ajuste e as normas estruturais.

As primeiras intervêm sobre o funcionamento do mercado para que determinados resultados sejam alcançados, reprimidos ou estimulados. São as políticas públicas econômicas em sentido estrito. As normas de estrutura, por sua vez, estabelecem a estrutura de base do mercado, abrangendo qualquer dispositivo legal ou constitucional que concorra para que se organize o mercado como um sistema. (AGUILLAR, 2012, p. 264-265)

Se, portanto, a livre concorrência invoca a ideia de um sistema concorrencial preocupado com a igualdade de condições mínimas de concorrência, acesso e permanência no mercado, consequência direta dessa concepção é a preocupação com as estruturas ou práticas que possam limitar ou falsear tal liberdade (SALOMÃO FILHO, 2007b, p. 36).

Tais estruturas ou práticas podem ocasionar a denominada concentração econômica, a ser inserida em um contexto maior, o das falhas de mercado.

#### 4.4.1 As falhas de mercado

O princípio da livre concorrência é dificilmente atingido na plenitude, porque isso importaria em admitir a existência da concorrência perfeita, entendida como situação em que o preço praticado no mercado decorre naturalmente do equilíbrio entre a quantidade de bens ofertados e a quantidade de bens demandados<sup>83</sup>. (NESTER, 2006, p. 34)

---

<sup>83</sup> O mesmo autor (2006, p. 34) cita os requisitos básicos para configuração de concorrência perfeita: “a) presença de uma grande número de compradores e vendedores interagindo (atomização de mercado): de modo que o comportamento isolado de um não tenha força para influenciar de forma determinante o comportamento dos demais nem, tampouco, afetar o preço do mercado; b) homogeneidade dos produtos: os produtos devem ser perfeitamente substituídos entre si, de modo a evitar a preferência do consumidor por um produto em detrimento do outro; c) pleno acesso pelos agentes às informações relevantes (transparência de mercado): significa que os consumidores devem deter conhecimento perfeito acerca dos produtos (inclusive acerca da pluralidade de produtos) e preços praticados, assim como os produtores devem deter informação perfeita sobre as necessidades dos compradores e as atividades dos demais produtores; d) plena mobilidade dos agentes: a entrada e saída de empresas no mercado é livre, o que permite que as empresas menos eficientes ingressem, sempre de acordo como o interesse do agente”.

O modelo de concorrência perfeita, no qual há um grande número de agentes em interação recíproca tanto do lado da oferta como da procura, de modo que o preço de mercado não é influenciado e permanece em equilíbrio, é apenas um modelo teórico inexistente na prática:

A hipótese de concorrência perfeita e a plena liberdade de mercado não residem no comportamento dos agentes econômicos, mas são oriundas do mercado ideal vislumbrado por seus criadores. Logo, é possível afirmar que os próprios agentes traem essa visão onírica que se poderia ter do mercado concorrencial perfeito. Caso não haja limites institucionalizados, os agentes não hesitarão em tomar decisões que os beneficiem ao máximo (ao mesmo tempo em que prejudicam ao máximo os concorrentes, os consumidores e mesmo o Estado). (MOREIRA, E. B., 2004b, p.102)

Como o regime de mercado não é capaz, por si só, de gerar um sistema equilibrado, e a experiência concreta tem demonstrado que a liberdade de iniciativa e a livre concorrência acarretam mais desigualdade do que equilíbrio entre os agentes de mercado (NESTER, 2006, p.23), surgem as falhas de mercado, que correspondem às situações nas quais os pressupostos de funcionamento do mercado não se fazem presentes:

As falhas e imperfeições do mercado foram se positivando ao longo de cerca de 150 anos quando se tentou ou se imaginou poder operacionalizá-lo com base naquela estrutura institucional relativamente simples ou até simplória, assentada no tripé: constituição, códigos de Direito privado e poder de polícia. (NUSDEO, 2010, p. 138)

Fabio Nusdeo (2010, p.138-170) identifica seis falhas principais:

1. Quanto à mobilidade de fatores: os fatores de produção necessários para os mercados não são dotados da necessária mobilidade, ou seja, não conseguem reagir espontaneamente aos sinais indicativos, representados pelos preços, e capazes de reverter situações indesejáveis. Foi tal constatação que inspirou as ideias de Keynes e levou o Estado a intervir de forma efetiva na economia a partir dos anos 30. É uma falha de origem física ou cultural;
2. Quanto à transparência ou acesso à informação: é falha de origem legal, que decorre da falta de acesso aos operadores de mercado, às informações sobre o mesmo e sobre as características dos produtos nele negociados: “os agentes que estão diretamente envolvidos no processo produtivo têm acesso a uma gama de

informações relevantes... que a grande massa consumidora simplesmente desconhece” (NESTER, 2006, p. 29);

3. Quanto à concentração econômica: é uma falha de estrutura que inibe os mecanismos decisórios e controladores do mercado:

Em um mercado concentrado, a alta de preços proveniente de um aumento da procura não necessariamente levará a um aumento da oferta, pelo simples fato de ser mais fácil para as poucas unidades nele atuantes conluíarem-se e elevarem mais os preços (NUSDEO, 2010, p. 150).

Tais deficiências coincidem com as hipóteses de concorrência imperfeita, na qual os produtos deixam de ser homogêneos e tornam-se passíveis de diferenciação.

A concorrência imperfeita é uma das estruturas de mercado<sup>84</sup>, ao lado concorrência perfeita, passando pelo oligopólio (oligopsônio), monopólio (monopsônio), e monopólio bilateral, vale dizer, são modelos utilizados como meio de averiguação do grau de concorrência em mercados reais:

O oligopólio caracteriza-se pelo pequeno número de vendedores. É, por isso, um regime instável, pois estes poucos vendedores podem entrar em conluio e agir como se fossem uma unidade, formando um monopólio de fato.

O mesmo fenômeno pode ocorrer do lado da procura. Temos um oligopsônio quando poucos compradores defrontam-se com vários vendedores.

O monopólio, por sua vez, é o regime no qual há somente um vendedor, ou um só comprador, quando então toma o nome de monopsônio.

Quanto ao monopólio bilateral, este não chega a ser, na prática, um mercado. Nele, o único vendedor defronta-se com um único comprador. (ARAÚJO, 2008, p. 10)

4. Quanto aos efeitos externos ou externalidades: constitui uma falha de sinalização, correspondente aos custos e benefícios circulando externamente ao mercado: “coincidem com as hipóteses em que o preço de um bem ou serviço não reflete com precisão o seu custo efetivo, isto é, quando existem outros custos envolvidos no processo produtivo, além daqueles que normalmente integram o preço final” (NESTER, 2006, p. 28).

<sup>84</sup> Para maior aprofundamento: SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial: as Estruturas**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p.143-159; NESTER, Alexandre Wagner. **Regulação e Concorrência (Compartilhamento de Infra-estruturas e Redes)**. São Paulo: Dialética, 2006, p. 34-48.

As externalidades podem ser negativas, quando redundam em algum custo para alguém (por exemplo: poluição ambiental, acidentes de trabalho e doenças profissionais), e positivas, quando beneficiam alguém, isto é, transferem custos;

5. Quanto ao suprimento de bens coletivos: o sistema de mercado supre a demanda por bens exclusivos, que necessariamente excluem aqueles que dele não se utilizam, mas falha no caso de suprimento de bens coletivos/públicos, aqueles aptos ao atendimento das necessidades de um grupo ou coletividade;

6. Falha analítica quando os custos de transação são desconsiderados: “responde bem pelo nome ou pelo qualificativo de analítico-institucional, pois ela decorre de um excessivo simplismo dos pressupostos de análise, acoplado ao mau funcionamento das instituições” (NUSDEO, 2012, p. 167).

Foi a constatação das falhas de mercado que levou o Estado a passar, de mero controlador das inoperacionalidades do mercado, a atuar no domínio econômico com uma função reguladora.

Os mercados não operam sem falhas, pois a denominada concorrência perfeita é um modelo abstrato, justificando-se a intervenção do Estado por meio da regulação.

#### 4.5 Regulação tradicional X defesa da concorrência

Após período de forte intervencionismo estatal, justificado pela necessidade de criação de infraestruturas que exigiam grandes investimentos e davam pouco retorno financeiro, iniciou-se uma nova fase das políticas econômicas, com a crescente onda de desestatizações, privatizações, concessões e parcerias<sup>85</sup>.

<sup>85</sup> Avelãs Nunes (2008, p. 67, grifo nosso) leciona que o estado regulador representa a nova feição do estado capitalista, surgindo a partir dos anos 80. Foi a partir daí que a defesa da concorrência passou a ser regulada por agências especializadas com base no pensamento liberal norte-americano, dando azo à denominada “economia de mercado regulada”: “A privatização trouxe consigo a necessidade de garantir a salvaguarda de determinados interesses públicos e a consequente imposição às empresas privadas que forneçam serviços públicos de um conjunto de obrigações de serviço público. **Desde muito cedo o pensamento liberal impôs a ideia de que esta função de regulação, embora justificada pela necessidade de salvaguarda do interesse público, deveria ser prosseguida, não pelo estado *qua tale*, mas por agências (ou entidades, ou autoridades) reguladoras independentes. Estas são uma invenção norte-americana e que chegou à Europa há cerca de um quarto de século, através do Reino Unido. A defesa da concorrência passou a ser entregue a agências (ou autoridades) de defesa da concorrência. A regulação sectorial dos vários mercados regulados vem sendo entregue a agências reguladoras.** Assim começou a ganhar corpo o conceito de “economia de mercado regulada”, uma das máscaras usadas pelo neoliberalismo na sua luta contra o estado keynesiano e contra a presença do estado na economia. A ideia é afirmar as virtudes da concorrência e o primado da

Como visto na primeira parte do trabalho, essa “desregulamentação” trouxe mais regulação, e nesse contexto desponta a elaboração teórica e legislativa das agências reguladoras: “caracterizadas pela dinamicidade, independência, tecnicidade, consenso para dirimir conflitos, ou seja, trata-se de relevante instrumento de adequação de uma nova ordem jurídico-econômica”. (BAGNOLI, 2008, p. 87)

Trata-se do estado regulador tradicional, que teria como objetivo sanar as falhas de mercado diante da impossibilidade de implantação do modelo de concorrência perfeita.

No entanto, paralelamente à essa realidade, há a defesa da concorrência, responsável por assegurar o funcionamento de mercado<sup>86</sup> (OLIVEIRA, 2001, p. 61):

A promoção e sobretudo a defesa da concorrência nos mercados regulados passou a ser um objectivo potencialmente repartido por dois tipos de regras e de autoridades administrativas: as regras de regulação setorial, de cuja implementação estão encarregadas autoridades especializadas para cada atividade, podendo ou não ter a natureza de autoridades reguladoras independentes; e as regras transversais de defesa da concorrência, cuja aplicação está entregue a outro tipo de autoridades, comunitárias ou nacionais, em geral vocacionadas para actuar sobre toda a actividade económica de mercado...

Às autoridades sectoriais caberia promover a concorrência no acesso ao mercado e evitar, nomeadamente, que os operadores históricos dominantes estabelecessem mercado onde eles ainda não funcionam regularmente. Por sua vez, as autoridades transversais da concorrência seriam encarregadas de fiscalizar os comportamentos restritivos da concorrência das empresas já instaladas no mercado, bem como de controlar as alterações estruturais resultantes de operações de concentração. (MARQUES; ALMEIDA, 2005, p. 192, 193)

---

concorrência e esvaziar o estado social, o estado responsável pela prestação de serviços públicos. Como compensação, oferece-se, no “mercado” dos serviços públicos, a regulação do mercado sempre que haja falhas de mercado (situações de monopólio natural), sempre que seja necessário obrigar as empresas privadas a respeitar certas obrigações de serviço público, sem que seja necessário proteger os consumidores ou atenuar os chamados custos sociais do desenvolvimento”.

<sup>86</sup>Sobre modelos de repartição de competências ver: MARQUES, Maria Manuel Leitão; ALMEIDA, João Paulo Simões de; FORTE, André Matos. Regulação sectorial e concorrência. **Revista de Direito Público da Economia – RPDE**, Belo Horizonte, ano 3, n. 9, p. 187-205, jan./mar. 2005, p. 200-204; OLIVEIRA, Gesner. Relações entre defesa da concorrência e a regulação: a proposta de uma superagência. In: **Concorrência: panorama no Brasil e no mundo**. São Paulo, Saraiva, 2001.

Gesner Oliveira (2001, p. 61) chama a atenção para o fato de que, enquanto a atividade regulatória pressupõe uma determinada estrutura de mercado, a defesa da concorrência atua, inclusive, sobre a estrutura de mercado, arrolando os quatro elementos diferenciadores principais entre as competências das autoridades antitruste e as competências do regulador tradicional:

- i) O objetivo da defesa da concorrência é mais restrito, atendo-se em geral do de eficiência alocativa. A regulação incorpora um conjunto maior de metas, incluindo preocupações amplas, como a de universalização dos serviços, integração regional e meio ambiente;
- ii) O método de trabalho da autoridade antitruste é caracterizado pela utilização de mecanismos de mercado, enquanto o regulador tradicional procura substituí-los;
- iii) A autoridade antitruste agiria a posteriori, exceto no controle de atos de concentração; já que o regulador tradicional estabeleceria apenas regras a priori que deveriam ser seguidas pelos administrados;
- iv) A autoridade antitruste teria preferência por remédios estruturais que pudessem, uma vez adotados, restabelecer o funcionamento dos mecanismos de mercado. Como estes últimos tenderiam a ser substituídos pela regulação, a autoridade regulatória teria propensão a adotar remédios comportamentais.

Calixto Salomão Filho (2001, p. 134) pondera que a grande questão reside na verificação na legitimidade do exercício de poder regulamentar por parte de órgão governamental do ponto de vista concorrencial.

Parte da análise das duas principais tendências jurisprudenciais norte-americanas que tratam da relação entre o poder regulamentar e o direito antitruste.

Pela *state action doctrine* (teoria da ação política), foram estabelecidos dois critérios para determinar se a regulamentação estadual conferia ou não imunidade à aplicação do direito antitruste: a necessidade de que a decisão seja tomada ou a regulamentação expedida em consequência de uma política claramente expressa e definida de substituição da competição pela regulamentação, e que haja supervisão ativa e constante cumprimento das obrigações impostas pela regulamentação:

A aplicação desses dois critérios no sistema brasileiro levaria à conclusão necessária de que apenas quando o Estado permite a alguém a exploração de serviço público mediante concessão haveria a imunidade. Apenas a concessão permite, de um lado, pressupor a existência de interesse em substituição do sistema concorrencial (exatamente por se aplicar ao exercício de serviços públicos pelos particulares é que não se sujeita ao regime concorrencial) e, de outro, confiar na existência de poderes suficientes por parte da Administração de supervisionar ativamente o cumprimento das obrigações previstas no texto regulamentar.

Ausentes quaisquer desses dois requisitos a ação estatal é passível de revisão pelo órgão encarregado de aplicação do direito concorrencial. (SALOMÃO FILHO, 2001, p. 137-138)

Pela *pervasive power doctrine* (teoria do poder amplo), não se discute a competência de Estados Federados para excluir a aplicação do direito antitruste. A atribuição de competência a uma agência federal dotada de poderes regulamentares é tão ampla que acaba por afastar a competência de qualquer outro órgão.

Pode ocorrer quando o poder do órgão regulamentar é extenso o suficiente a ponto de substituir o sistema concorrencial, ou profundo o suficiente que acaba por excluir o sistema concorrencial porque suas regras já foram levadas em consideração quando da regulamentação (SALOMÃO FILHO, 2001, p. 136-139).

Alega que, no ordenamento jurídico brasileiro, há somente uma hipótese de imunidade concorrencial, consubstanciada no planejamento econômico impositivo<sup>87</sup>, previsto no artigo 174 da CF/88:

O regime de planejamento exige a intervenção direta do Estado, definindo as metas para o setor público. Caso essas metas sejam específicas a ponto de lidar com as variáveis concorrenciais, então o comportamento do setor público é imune ao direito concorrencial...

Da análise empreendida supra parece não restar dúvida quanto a um resultado. A não ser no caso da atividade estatal planejada e dos serviços formal e materialmente públicos, em que há uma clara intenção de substituição do sistema concorrencial, não é possível isentar do controle antitruste comportamental e estrutural qualquer tipo de atuação do Estado. (SALOMÃO FILHO, 2001, p. 140, 152, grifo nosso)

As soluções para resolver os conflitos de competência entre as autoridades regulamentadoras tradicionais e as autoridades de defesa da concorrência residiriam, para o citado autor, na separação dos poderes entre agências com base

<sup>87</sup> Carvalhosa (1973, p. 14) expõe que: “O planejamento econômico faz com que... a intervenção estatal não seja apenas quantitativa, mas sobretudo qualitativa e permanente, na medida em que permite, pela análise previa da realidade em termos científicos e técnicos, conhecer a originalidade e os diferentes fundamentos da estrutura social. Evidentemente que persistem, no ordenamento, normas de caráter nitidamente intervencionista. Porém, não surgem solitárias ou desconexas no sistema, mas ao lado de outras normas de incentivo e estímulo, que concatenam-se com as primeiras, afirmando um todo homogêneo, onde as entidades econômicas podem encontrar o melhor caminho de conduta, conciliando a sua finalidade específica de lucro com os objetivos sócio-políticos do Estado – de resto, constitucionalmente erigidos – de desenvolvimento nacional e justiça social. Preceitos de feição nova surgem no ordenamento, ao lado daquelas outras regras proibitivas que tipificam e sancionam a antijuridicidade de determinados comportamentos e relações de natureza econômica, já que estas se mostraram, tanto na experiência de outros países de economia de mercado, como no nosso, quando não inteiramente inoperantes, apenas de uma discreta eficácia, como v.g., entre nós, a Lei n.º 4.137, de 10-9-1962, sobre os abusos do poder econômico e sua repressão”.

na atribuição de poderes investigatórios a um órgão e poderes de julgamento a outro, preservando a imparcialidade do órgão julgador, além da ampliação do contraditório, permitindo o acesso do processo a consumidores, associações e trabalhadores do setor. (SALOMÃO FILHO, 2001, p. 150/152)

Gesner Oliveira (2001, p. 72-73) sugere a criação de uma superagência, cujas vantagens residiriam na simplificação da vida do cidadão e da empresa com a redução do número de órgãos, além da capacidade de regular de acordo com uma ótica global e não com uma visão setorial:

A concentração excessiva de assuntos tão díspares em um mesmo organismo poder acabar comprometendo sua eficiência.

No caso de CADE, SDE e SEAE, a fusão parece vantajosa, pois há duplicação de tarefa entre esses organismos. Com as agências regulatórias é diferente. Há complementaridade entre suas funções e as da defesa da concorrência.

De fato, as agências regulatórias cuidam, em geral, da regulação técnica e econômica, enquanto uma entidade como o CADE aplica a lei de forma a prevenir a formação de estruturas competitivas e reprimir práticas anticompetitivas...

Note-se que um sistema de competências complementares dessa natureza possui duas vantagens relativamente à proposta de uma superagência. Em primeiro, beneficia-se da especialização das várias agências setoriais, sem necessidade de criar uma burocracia exageradamente grande e poderosa. Em segundo, a interferência do órgão de defesa da concorrência em todos os segmentos regulados contribui para disseminar uma preocupação global com a competição, bem como diminuir a probabilidade dos reguladores serem capturados pelos regulados.

Para Ana Maria de Oliveira Nusdeo (2006, p. 188-189), a sobreposição de esferas administrativas, antes de constituir um fato gerador de dificuldades burocráticas e operacionais, seria uma vantagem do sistema, propiciando que a intervenção dos órgãos de defesa da concorrência se coloque como uma instância revisora das decisões ou omissões no âmbito das agências reguladoras, de maneira a corrigir eventual contaminação que as agências possam sofrer em decorrência da influência direta das empresas do setor.

Partilhando das conclusões de Marques e Almeida (2005, p. 204), da mesma forma que o estado de concorrência é variável, as necessidades de regulação também o são, sendo indispensável que sejam aperfeiçoados os instrumentos de colaboração entre as duas autoridades, desde que mantida certa independência e necessária vigilância entre as duas autoridades.



## 4.6 O Direito concorrencial na Constituição

### 4.6.1 As influências estrangeiras no sistema antitruste brasileiro

Existem basicamente dois grandes modelos de políticas de concorrência em nível mundial, quais sejam, o modelo americano e o modelo europeu, oriundos de contextos socioeconômicos diferenciados: “o modelo americano enraíza-se no caráter fortemente ideológico de preservação das liberdades individuais da sociedade estadunidense, vale dizer, da soberania do consumidor como substituto do poder econômico”. (MONTEIRO, 2013)

As discussões acerca dos objetivos e tipo de concorrência que deve ser protegida no modelo americano foram objeto de discussão<sup>88</sup> entre economistas da Escola de Chicago e de Harvard:

De 1936 a 1972 a política de defesa da concorrência atingiu seu auge em termos de intervenção econômica, usando como instrumental de análise a teoria estruturalista, fundada pela Escola de Harvard, que praticamente identificava a existência de poder de mercado como condicionante primordial para a presença de efeitos anticompetitivos. A Escola de Harvard encontrava-se em sintonia com as primeiras intervenções do direito concorrencial norte-americano, que elegiam o poder econômico como empecilho para o desenvolvimento do próprio sistema capitalista. Conferia-se ênfase à análise estrutural do mercado... ou seja, a existência de um poder econômico exigia da autoridade antitruste uma atuação rigorosa em defesa da concorrência...

De 1973 a 1991, o elevado nível de ativismo antitruste atraiu muitas críticas e fez emergir uma reação que, do ponto de vista teórico, lastreou-se na chamada Escola de Chicago, para a qual a eficiência produtiva era o valor a ser buscado pelo sistema econômico, pois é ela que levava ao interesse público, entendido como bem-estar do consumidor. A concorrência transformava-se em valor subjacente e instrumental, facilmente colocado em segundo plano. (CORDOVIL et al., 2012, p. 16)

No modelo europeu a disciplina da concorrência é instrumental, ou seja, ligada aos fins da União Européia, garantindo a concorrência interna e propiciando uma maior competitividade internacional (FORGIONI, 2008, p. 182-184):

A concorrência, aqui, tem um sentido eminentemente instrumental, ou seja, não é um fim em si mesma, mas um meio de se atingir o objetivo do bem-estar social, expressamente delineado no Tratado de Roma, de 1957, que

<sup>88</sup>Ver: BAGNOLI, Vicente. **Direito Econômico**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 130-135; FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 162-190.

deu origem à Comunidade Econômica Européia (CEE). A Comissão Européia é o agente aplicador da lei antitruste entre os Estados-membros, que admite revisão judicial pela Corte de Justiça Européia e pelas Cortes Nacionais. (MONTEIRO)

Pinto Ferreira (1994, p. 316) expõe que a legislação brasileira antitruste foi visivelmente influenciada pelo sistema constitucional norte-americano, onde se assistiu a uma rotulação política da economia liberal, desde o *Sherman Anti-Trust Act* de 1890, seguida de outras disposições legislativas como o *Clayton Act de 1914* e o *Federal Trade Commission Act*.

Para Forgioni (2008, p. 146-147): “o sistema da lei brasileira é um sistema híbrido, que aproveita o europeu no que tange à caracterização do ilícito pelo objeto ou efeito, mas supera tanto esta tradição quanto aquela norte-americana no que tange à tipificação de atos”.

Eros Grau e Paula Forgioni (1999, p. 259) sustentam que ao lado da legislação americana e da praxis norte-americana, a vivência europeia constitui referência que não pode ser ignorada nas decisões relativas à repressão ao abuso do poder econômico, observando que o recurso à doutrina e à jurisprudência estrangeiras podem consubstanciar fonte de subsídios útil, mas não podem ser transplantadas para a realidade brasileira sem que sejam consideradas as particularidades do nosso mercado e do nosso sistema jurídico.

#### 4.6.1.1 Objetivos da legislação antitruste: adoção do modelo concorrência-meio

Como visto, o modelo americano entende que a concorrência é um fim em si mesma, adotando a teoria concorrência-fim/concorrência-condição, focada no perigo que as práticas representam por si mesmas, independentemente do resultado de fato alcançado: “estabelece-se uma proibição genérica e anterior a todos os acordos e práticas que possam atingir a estrutura concorrencial do mercado, combatendo a concentração pela proibição de práticas que podem nela resultar.” (BAGNOLI, 2008, p. 136)

No modelo europeu, a concorrência é meramente instrumental, adotando-se a teoria da concorrência-meio/concorrência-instrumento, pela qual os acordos, oligopólios, monopólios ou qualquer outra forma de dominação no mercado somente é combatida na medida que se revele prejudicial ao interesse geral. Portanto, os

comportamentos efetivos dos agentes econômicos do mercado soam privilegiados: “uma vez que a concorrência é considerada um bem como outros e não um bem em si próprio, podendo, inclusive, ser sacrificada em favor de outros bens legalmente protegidos”. (BAGNOLI, 2008, p. 136)

Salomão Filho (2007a, p. 22-32) analisa diversas teorias econômicas que tratam do controle das estruturas e/ou dos comportamentos<sup>89</sup>, propondo uma teoria jurídica na qual o direito de concorrência atua como modelo institucional e procedimental econômico, que ao invés de propor um resultado ou efeito econômico, garante que o relacionamento entre os concorrentes se dê de forma leal e que a concorrência efetivamente exista: “pretende, assim, assegurar que os agentes econômicos descubram as melhores opções e ordenem as relações econômicas da forma mais justa e equilibrada.” (2007a, p. 49)

O valor protegido pelo direito concorrencial de acordo com a teoria proposta é a concorrência, e não o mercado:

A possibilidade de escolha tem um valor social, que não pode ser negado e que deve ser necessariamente reconhecido pelo Direito. O mercado, por outro lado, não necessariamente leva a esse resultado. É aí que o Estado deve intervir...

Garantir a concorrência significa, a um só tempo, garantir coisas diversas. Em primeiro lugar é preciso garantir que a concorrência se desenvolva de forma leal, isto é, que sejam respeitadas regras mínimas de comportamento entre os agentes econômicos... o segundo desdobramento da tutela da concorrência, que é exatamente a garantia direta do equilíbrio das relações econômicas. É preciso evitar a formação do poder econômico no mercado, e todos aqueles em que a constituição dessa situação de poder não decorra exclusivamente da maior eficiência econômica. (SALOMÃO FILHO, 2007a, p. 50, 55)

A proposta de Salomão Filho funde a teoria da concorrência-fim com a concorrência-meio, ao eleger a concorrência como o valor social a ser defendido, ao mesmo tempo que propõe tal meta teleologicamente conectada com o interesse do consumidor, garantindo o equilíbrio das relações econômicas.

Se é fato que a disciplina da concorrência, no Brasil, surgiu em um contexto de proteção da economia popular, o que, sem sombra de dúvida, já lhe atribui um caráter instrumental (FORGIONI, 2008, p. 191), deve ser ponderado que a defesa do

---

<sup>89</sup> Vide p. 22-36. Ver também: BATTESINI, Eugênio. Direito e Economia da Concorrência: Concentração Vertical na União Européia. In: GUEDES, Jefferson; NEIVA, Juliana. **Publicações da Escola da AGU: Debates em Direito da Concorrência**. Brasília: Advocacia-Geral da União, 2011, p. 177-196.

consumidor é apenas um dos princípios da ordem econômica, ao lado de tantos outros com igual valor de referência.

A concorrência assume caráter instrumental multifacetado<sup>90</sup>, mas sempre dirigido para assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

#### 4.6.2 Análise do § 4º, artigo 173 da CF/88

Quando a Constituição Federal de 1988 dispõe que “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”, deixou a matéria a mercê da edição de lei ordinária, concretizada com o advento da Lei n.º 8.884/94, e substituída recentemente pela Lei n.º 12.529/11.

A formulação do artigo sugere que deve haver algum elemento volitivo implicado no ato abusivo. Segundo Aguillar (2012, p. 301-302), embora a Constituição Federal valorize a solução que preconiza a finalidade do ato, o artigo 36 da Lei n.º 12.529/11 priorizou seus efeitos:

Os dispositivos são perfeitamente compatíveis e até complementares. Basta notar que a lei brasileira não impõe a produção concreta dos efeitos para caracterizar a ilicitude. Basta a potencialidade de sua ocorrência. Além disso, os efeitos (ou sua potencialidade) não são um critério único, mas apenas uma alternativa à existência da intenção de eliminar os concorrentes do mercado. (SALOMÃO FILHO, 2007a, p. 95)

Nessa linha de discussão, foi interposta ADI n.º 1094/DF<sup>91</sup>, que discute e constitucionalidade do artigo 20 (atual artigo 36 da Lei 12.529/11) e de outros artigos da Lei n.º 8.884/94. A ação questiona, entre outros pontos, que quando a Constituição determina que o abuso deve visar à, quer significar que deve pretender, objetivar o alcance das finalidades ali elencadas, exigindo a análise de dolo ou

<sup>90</sup> Nessa linha de raciocínio encontra-se a válvula de escape determinada de “jogo do interesse protegido”: “consubstanciada na possibilidade de decisão conforme o interesse digno de tutela jurídica... A questão se torna complexa, entretanto, quando tomamos em consideração o já referido leque de interesses que se pode abrigar sob as normas antitruste: interesse de mercado, interesse do consumidor, interesse nacional, bem comum, eficiência alocativa, interesse público etc.” (FORGIONI, 2008, p. 265-266)

<sup>91</sup> Concluso com o Relator Min. Celso de Mello desde 15/08/2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=1094&classe=ADI-MC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 11.01.13.

culpa: “por outro lado, a jurisprudência já se consolidou, nos últimos anos, no sentido da responsabilidade objetiva”. (CORDOVIL et al., 2012, p. 102).

O argumento que afastaria a inconstitucionalidade também residiria na possibilidade de ampliação do espectro constitucional repressivo em razão do próprio fundamento da repressão às práticas abusivas, que seria encontrado tanto no § 4º, artigo 173 da CF/88, quanto no inciso IV, artigo 170 e no § 5º, artigo 173 da Carta Magna:

**Se a legislação ordinária entender que a liberdade de concorrência e a ordem econômica devem ser protegidas mediante a repressão a um quadro comportamental mais amplo, não há qualquer inconstitucionalidade, desde que preservado o princípio da liberdade de iniciativa.** A previsão do art. 173, § 4º, não pode, portanto, assim entendendo, ser lido de forma a restringir as hipóteses de repressão anticoncorrencial aos casos em que há abuso intencional do poder econômico. Em outras palavras, o modelo do art. 173, § 4º, não é o único que pode ser adotado pela legislação ordinária. (AGUILLAR, 2012, p. 302, grifo nosso)

Note-se que adoção apenas do elemento “finalidade” prestigia de forma exacerbada a concorrência, enquanto que a adoção do elemento “efeito” implica na aceitação de uma visão do antitruste baseada na maximização da eficiência, o que, como visto, parece ser a tendência no direito brasileiro.

Como o § 1º, artigo 36 da Lei n.º 12.529/11 aceita apenas e tão somente a justificativa da “eficiência” para admitir práticas anticoncorrenciais, a tendência acima retratada é decorrência da própria interpretação da legislação infraconstitucional sobre o tema.

Considerar que a análise deve ser realizada somente pelo viés da “finalidade” importaria certamente em sobrepujar os princípios da ordem econômica, em especial o princípio da liberdade de iniciativa, tornando sem efeito diversos mecanismos da legislação antitruste que buscam prestigiar o livre exercício da atividade econômica, como o citado § 1º, artigo 36 da Lei Antitruste.

A interpretação do § 4º, artigo 173 da CF/88 deve ser feita sempre em consonância com os princípios que norteiam a ordem econômica, sob pena de distorção da intenção do legislador constituinte.

#### 4.6.2.1 Considerações iniciais sobre poder econômico:

Versando sobre a economia de mercado, Washigton Peluso Albino de Souza expõe que esta se baseia:

“no fato econômico ‘troca’, aprimorada com instrumentos como a ‘moeda’ e o ‘crédito’. Elaborou-se sob o princípio da ‘disputa’, que inspirara a própria ideia da ‘luta pela vida’, elevada às culminâncias do pensamento filosófico e político do século XIX.” (SOUZA, 2003, p. 238).

O mercado permite uma melhor alocação dos recursos, “a medida que se entenda mercado como uma instituição que vise a criar incentivos, reduzir incertezas, facilitar operações entre pessoas, fica clara a ideia de que mercados aumentam a prosperidade e, portanto, o bem-estar geral” (SZTAIN, 2004, p. 36)

Os agentes econômicos competem por proporcionar maior bem-estar na busca do lucro, causando um aumento do número de concorrentes na economia de mercado. Esse aumento exige que o sujeito econômico amplie seu poder econômico para permanecer lucrando e sobrevivendo.

A concorrência, portanto, produz o poder, e este é que dá azo ao comportamento anti-concorrencial, pois atribui ao agente o poder econômico, conceituado por Egon Bockmann Moreira (2004b, p. 99) como a possibilidade de tomar decisões autônomas e implementar fatos e condutas que produzam efeitos econômicos diretos ou indiretos, internos ou externos.

Na definição de Wagner Nester (2006, p. 33), o poder econômico significa a capacidade de exercer influência sobre o mercado, qualquer que seja o meio.

Calixto Salomão Filho (2007b, p. 93) pontua que a definição mais correta de poder no mercado:

Não é a possibilidade de escolher entre essas diferentes alternativas, mas sim a possibilidade de escolher entre essas diferentes alternativas: grande participação no mercado e menor lucratividade ou pequena participação e maior lucratividade.

Deve ser frisado que para o direito concorrencial, importa o poder de mercado ou poder econômico que é exercido além dos limites usuais, afetando relações econômicas de terceiros e afetando o mercado como um todo. Isso porque o poder econômico surge de forma natural da organização da atividade de prestação

de serviços e geração de bens: “o que o Texto Constitucional manda à lei reprimir é o poder exercido visando à deturpação destas leis de mercado.” (BASTOS, 1990, p. 94)

A atividade empresarial que se busca coibir, portanto, é aquela capaz de produzir um abalo negativo na estrutura de mercado, interferindo na livre concorrência. (RIBEIRO, 1987, p. 98)

Como as atividades econômicas surgem e se desenvolvem por força de suas próprias leis, decorrentes da livre iniciativa, da livre concorrência e do próprio jogo dos mercados, essa “ordem natural” pode ser quebrada ou distorcida em razão de deformações que caracterizam a concentração do poder econômico nas mãos de um ou de poucos.

O Estado intervém justamente para evitar que tais deformações da ordem econômica sufoquem a própria concorrência e o mercado, coibindo atos de concentração (controle preventivo das estruturas de mercado), e limitando as práticas ofensivas à concorrência (controle repressivo dos comportamentos dos agentes).

#### 4.6.2.2 A gênero “abuso de posição dominante” e as espécies “dominação de mercado”, “eliminação da concorrência” e “aumento arbitrário dos lucros”

O poder econômico implica na posição dominante do agente econômico, quando este passa a ter liberdade de agir sem considerar a existência ou o comportamento de outros sujeitos:

A posição dominante é decorrência e, ao mesmo tempo, se identifica com o poder detido, pelo agente, no mercado, que lhe assegura a possibilidade de atuar um comportamento independente e indiferente em relação a outros agentes, impermeável às leis de mercado”. (FORGIONI, 2008, p. 318)

A linha que separa o abuso de posição dominante de seu exercício normal é muito tênue, e deve sempre considerar os efeitos anticoncorrenciais da prática analisadas: “só podemos dizer que um agente econômico abusou da posição dominante que detinha se prejudicou a livre concorrência ou a livre iniciativa ou aumentou arbitrariamente os lucros”. (FORGIONI, 2008, p. 277)

Segundo artigo 36, § 2º, a posição dominante se caracteriza em duas hipóteses distintas:

A primeira é aquela em que o agente pode distorcer, modificar as condições de mercado, de forma solitária ou em coordenação com competidores, adquirentes ou fornecedores... a segunda possibilidade ocorre quando o agente detém mais de 20% de participação no mercado. (CORDOVIL et al, 2012, p. 107).

Portanto, a posição dominante pressupõe o poder econômico, não havendo que se tomar as expressões como sinônimos. Sergio Varella Bruna (2011, apud CORDOVIL *et al.*, 2012, p. 105) distingue acertadamente que a posição dominante confere a seu detentor quantidade substancial de poder econômico ou de mercado, a ponto de que ele pode exercer influência determinante sobre a concorrência.

A dominação dos mercados ocorre quando o agente econômico pretende dominar o mercado por meio de prática anticompetitivas, eliminando concorrentes ou atuando ao lado deles:

Ou se coloca o concorrente fora do jogo (*ex-ludere*), passando a dominar sozinho o mercado; ou se joga com o concorrente (*co-ludere*), dominando em conjunto o mercado.

Na primeira hipótese são dois os possíveis gêneros de conduta: predação e negociação compulsória.

A colusão, por outro lado, pode assumir várias formas. Poder dar-se através de acordos entre concorrentes, associações entre empresas, *joint ventures* etc...

O termo predação é denominação generalizada para vários tipos de condutas de uma prática muito simples. Segundo a definição corrente, trata-se do ato pelo qual o agente econômico incorre em prejuízos na expectativa de eliminar o concorrente do mercado, esperando recuperar posteriormente, através de diversas formas, o montante perdido...

A compulsão consiste na determinação das condições essenciais do negócio por uma das partes contratantes, em decorrência da inexistência de alternativa economicamente viável para a outra parte... a compulsão ou coerção não é o único elemento necessário para a existência de negociação compulsória. Ao seu lado é preciso estudar e discutir o onipresente objetivo de eliminar o concorrente. (SALOMÃO FILHO, 2007a, p. 125, 159, 198, 199)

A dominação de mercados<sup>92</sup>, portanto, importa na análise de diversas condutas anticoncorrenciais, que vão desde a predação até as variadas formas de colusão, por meio de concentrações econômicas e acordos entre agentes econômicos.

<sup>92</sup> Para aprofundamento ver: SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial: as condutas**. Malheiros: São Paulo, 2007, p. 156-312.



A eliminação da concorrência é previsão demasiadamente ampla, remetendo à hipótese de concorrência desleal, consistente na hipótese de capturar clientes dos concorrentes de maneira ilícita. Importa ponderar que a concorrência desleal envolve apenas os interesses dos particulares envolvidos e não atinge as estruturas da ordem econômica:

O tratamento legislativo da concorrência desleal é dado pela Lei nº 9.279/96 (Lei de Propriedade Industrial - LPI), que define o crime de concorrência desleal em seu art. 195, merecendo em leis especiais, certas referências, como na Lei nº 8.884/94 (Lei Antitruste), capitulando a concorrência desleal por meio da exigência de exclusividade, para publicidade (art. 21, VII).<sup>93</sup> O Código Civil brasileiro também garante ao prejudicado o direito ao ressarcimento por prejuízos decorrentes de concorrência desleal de atos que maculem a reputação ou os negócios alheios, obedecendo aos postulados básicos da teoria do ato ilícito (art. 927, CC). (MARTINS, 2013)

A eliminação da concorrência também pode afetar a estrutura de mercado, quando importar em ato de concentração na forma disposta no § 5º do artigo 88 da Lei n.º 12.529/11<sup>94</sup>.

Segundo Salomão Filho, o aumento arbitrário de lucros seria uma espécie do gênero abuso de posição dominante (2007a, p. 99), e só se configura em presença de poder do mercado, pois a arbitrariedade só se configura quando o aumento de lucros decorre do aproveitamento de posição dominante ou mercado (seja ela monopolista ou oligopolista): “a referida figura é muito mais uma consequência ilícita de uma posição de poder no mercado do que uma demonstração da existência desse mesmo poder”. (2007b, p. 105-107)

Sustenta, ainda, que como critério de verificação do poder no mercado a existência de lucros excessivos é relativamente pobre, não permitindo que se chegue a resultados seguros. (SALOMÃO FILHO, 2007b, p. 106)

A figura remete de forma quase que imediatamente à ideia de preços abusivos, que na prática brasileira são verificados por meio de três procedimentos: primeiro ocorre a identificação, quantificação e comprovação do aumento

<sup>93</sup> Correspondente ao artigo 36, § 3º, VI da Lei n.º 12.529/11.

<sup>94</sup> Segundo o qual: “Serão proibidos os atos de concentração que impliquem eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, que possam criar ou reforçar uma posição dominante ou que possam resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços, ressalvado o disposto no § 6º deste artigo”.

desproporcional de preços; depois são avaliadas as condições de mercado em que tal aumento ocorreu, e por fim é verificada a existência ou não de danos à concorrência. (RUIZ, 2011, p. 284)

Ricardo Machado Ruiz (2011, 288-292) aponta que a definição e margem de lucros abusivos são determinadas pelos Cade por meio de uma análise econômica, que busca basicamente identificar o nível de preços de uma estrutura industrial ou de um mercado. Como a figura do preço abusivo não existe para o agente privado, pois este busca a maior margem de lucro possível, defende que o agente público é parte lógica e necessária auxiliar nessa determinação nitidamente discricionária:

No julgamento de um caso de preço abusivo seria necessário avaliar a precificação a partir de critérios que fogem ao jogo de negócios privados. Uma perspectiva pública poderia incorporar outras dimensões, tais como acesso grau de cobertura, universalização do serviço, consumo mínimo e massificação do consumo. Esses critérios seriam combinados com uma avaliação de nível de preços para, assim, se obter uma avaliação de um preço justo. Nesse ponto não há como fugir do complexo debate de julgar o preço como abusivo. Não considero a subjetividade dessa análise uma restrição e a entendo como aspecto fundamento do debate antitruste. (RUIZ, 2011, p. 294)

Muito embora a proteção do consumidor não seja objeto direto da lei antitruste, a previsão que veda o aumento arbitrário de lucros seria direcionada em sua defesa: “na Lei Antitruste, somente prevalecerá a proteção do interesse do consumidor nos casos em que houver o aumento arbitrário de lucros do agente econômico”. (FORGIONI, 2008, p. 296)

Importa mencionar que nem todos os atos que visem à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros são proibidos pela legislação antitruste brasileira, pois a adoção da teoria da concorrência-meio permite a adoção de técnicas específicas que autorizem determinado ato que, embora apresente traços anticoncorrenciais, traz maiores vantagens para os agentes econômicos e para a ordem econômica como um todo.

Uma das técnicas utilizadas é denominada regra da razão, originada no direito americano:

Sedimentou-se que o direito concorrencial brasileiro observa a regra da razão (*rule of reason*) que se opõe à regra per se. Segundo a regra da razão, as infrações (seja as elencadas no § 3º do art. 36, seja outras não elencadas no rol exemplificativo) não são condenáveis em si, ou seja, não é a mera prática dos dizeres da lei, ou a mera conduta das empresas, capaz

de provocar os efeitos deletérios à concorrência. (CORDOVIL; CARVALHO; BAGNOLI; ANDERS, 2012, p. 108)

Paula Forgioni entende que a regra da razão é designada no direito brasileiro de autorização, prevista no artigo 88 da Lei n.º 12.529/11. Referido artigo constitui a matriz legal para o exame das concentrações entre agentes econômicos.

#### 4.6.2.3 Acordos econômicos e concentrações econômicas: breves linhas e pontuações sobre a Lei n.º 12.529/11

A concentração empresarial nada mais é do que a unificação de atividades capazes de conduzir ao poder de mercado, este último conceituado como a possibilidade de alterar a dinâmica normal de funcionamento do mercado por meio de práticas como o aumento de preços e a restrição na oferta de bens (BATTESINI, 2011).

A concentração se classifica em horizontal, vertical e conglomerados. No primeiro caso, os agentes econômicos atuam no mesmo mercado relevante, estando em direta relação de concorrência pois produzem bens e serviços substituíveis entre si. O acordo é vertical se os partícipes desenvolverem suas atividades em mercados relevantes concatenados no processo produtivo ou de distribuição do produto, ou seja, que operam em mercados diversos, mas complementares de uma cadeia de produção ou distribuição. A concentração conglomerada constitui classificação residual, dizendo respeito a empresas que atuam em mercados relevantes completamente distintos.

A Lei n.º 12.529/11 determinou que os atos de concentração deverão ser prévios à efetiva operação<sup>95</sup>, ao contrário da lei anterior que concedia às partes 15 dias úteis para submeter a operação ao Cade (AGUILLAR, 2012, p. 269).

No entanto, como a concentração pode apresentar elevado potencial pró-competitivo, permitiu aqueles atos que repassem aos consumidores parte relevante

---

<sup>95</sup>Segundo art. 88. “Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente:

I - pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais); e

II - pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais)”.

dos benefícios decorrentes, e que, cumulada ou alternativamente, aumentem a produtividade ou a competitividade; melhorem a qualidade de bens ou serviços; ou propiciem a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico.

A autorização para as práticas restritivas à concorrência, portanto, deve ser previamente autorizada, e somente poderá ser concedida a atos de concentração que impliquem limitação ou prejuízo à livre concorrência, ou resultem na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços: “impossível a legitimação de prática que tenha por objeto ou efeito o aumento arbitrário de lucros ou abuso de posição dominante”. (FORGIONI, 2008, p. 223-224)

Foi deixado de lado o enunciado genérico disposto na lei anterior, com a criação de requisitos específicos para a obrigatoriedade de sua submissão ao Cade: “porém, o art.88 deve ser interpretado em conjunção com o art.90, e aí parte da recém-adquirida nitidez se vê comprometida”. (AGUILLAR, 2012, p.297)

Por fim, a respeito do tema, importa também referir que o compromisso de desempenho foi abolido, criando-se o acordo em controle de concentrações, que demandará regulamentação posterior que crie as condições de seu exercício, tendo em vista que o artigo 92, que dava forma e ritos à nova figura do ACC, foi vetado: “surge a questão inusitada de haver um instituto referida na lei, mas com suas características vetadas”. (AGUILLAR, p.299)

Os acordos entre agentes econômicos<sup>96</sup> são regulados pela legislação antitruste pois reproduzem uma condição monopolística, importa dizer, a união entre os agentes pode proporcionar um poder econômico abusivo em relação aos demais agentes atuantes no mercado.

Os acordos se dividem em horizontais, que são celebrados entre agentes econômicos que atuam no mesmo mercado relevante, e acordos verticais, que disciplinam relações entre agentes econômicos que desenvolvem suas atividades em mercados relevantes diversos, muitas vezes complementares (FORGIONI, 2008, p. 395-397).

---

<sup>96</sup>Para maiores detalhes consultar: FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 396-462; CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. **Tratado de Direito Comercial**. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1953, v. 1; LEWINSOHN, Richard. **Trustes e carteis: suas origens e influencias na economia mundial**. Tradução de: RODRIGUES, Silvio. Rio de Janeiro: Livraria do Globo, 1945.

Os acordos horizontais podem se caracterizar como cartéis, desde que destinados a regular ou neutralizar a concorrência entre eles, e que tenham seu objeto ou efeito tipificado no artigo 36<sup>97</sup> da Lei n.º 12.259/11, que preservou integralmente a redação do artigo 20 da Lei n.º 8.884/94.

Continua válido o debate anterior à nova lei sobre a prevalência, na caracterização do ilícito concorrencial, do objetivo do agente ou dos efeitos do ato praticado. Embora a Constituição valorize a solução que preconiza a finalidade do ato praticado, a Lei n.º 8.884/94 e a Lei n.º 12.529/11 adotaram o critério de reprimir tanto os atos que não tenham finalidade anticoncorrencial mas que tenham (ou possa ter) efeitos anticoncorrenciais, quanto os que tenha finalidade anticoncorrencial mas não importem em consequências anticoncorrenciais. Adotou, portanto, a lei ordinária, a solução de ampla repressão, mais elástica do que a letra da Constituição. (AGUILLAR, 2012, p. 301)

A identificação do efeito anticoncorrencial do ato é tarefa árdua, e para facilitar a obtenção de provas da existência de cartel, a Lei Antitruste, nos mesmos moldes da anterior, prevê o denominado acordo de leniência, visando obter a cooperação de partícipes do conluio nas investigações, na forma do artigo 86<sup>98</sup>.

<sup>97</sup> Dispõe que: “Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

- I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;
- II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;
- III - aumentar arbitrariamente os lucros; e
- IV - exercer de forma abusiva posição dominante”.

<sup>98</sup> Art. 86. O Cade, por intermédio da Superintendência-Geral, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de 1 (um) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte:

- I - a identificação dos demais envolvidos na infração; e
- II - a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação.

§ 1º O acordo de que trata o caput deste artigo somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos:

- I - a empresa seja a primeira a se qualificar com respeito à infração noticiada ou sob investigação;
- II - a empresa cesse completamente seu envolvimento na infração noticiada ou sob investigação a partir da data de propositura do acordo;
- III - a Superintendência-Geral não disponha de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa ou pessoa física por ocasião da propositura do acordo; e
- IV - a empresa confesse sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento.

§ 2º Com relação às pessoas físicas, elas poderão celebrar acordos de leniência desde que cumpridos os requisitos II, III e IV do § 1º deste artigo.

§ 3º O acordo de leniência firmado com o Cade, por intermédio da Superintendência-Geral, estipulará as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo.

#### 4.6.2.4 A questão da dominação dos mercados: definição de mercado relevante

Afora a regra da autorização, o conceito elástico de mercado relevante também é considerado como uma válvula de escape para permitir determinados atos/operações aparentemente anticoncorrenciais, pois pode ser delimitado de forma instrumental na concretização da política econômica. (FORGIONI, 2008, p. 251)

Sua análise se insere na temática da dominação dos mercados, constituindo elemento de grande importância para identificação dos agentes econômicos que devem ser investigados, bem como da conjuntura econômica que envolve a suspeita de atos contrários à concorrência:

O direito antitruste tem como ideia central o entendimento segundo o qual a sociedade será sempre beneficiada quando houver um mercado competitivo capaz de maximizar sua satisfação. E a correta identificação de mercado relevante em conduta investigada pelos órgãos de defesa da concorrência é fundamental para que o seu objetivo seja alcançado... é ponto nevrálgico para o exame de práticas anticompetitivas, uma vez que somente por força

---

§ 4º Compete ao Tribunal, por ocasião do julgamento do processo administrativo, verificado o cumprimento do acordo:

I - decretar a extinção da ação punitiva da administração pública em favor do infrator, nas hipóteses em que a proposta de acordo tiver sido apresentada à Superintendência-Geral sem que essa tivesse conhecimento prévio da infração noticiada; ou

II - nas demais hipóteses, reduzir de 1 (um) a 2/3 (dois terços) as penas aplicáveis, observado o disposto no art. 45 desta Lei, devendo ainda considerar na gradação da pena a efetividade da colaboração prestada e a boa-fé do infrator no cumprimento do acordo de leniência.

§ 5º Na hipótese do inciso II do § 4º deste artigo, a pena sobre a qual incidirá o fator redutor não será superior à menor das penas aplicadas aos demais coautores da infração, relativamente aos percentuais fixados para a aplicação das multas de que trata o inciso I do art. 37 desta Lei.

§ 6º Serão estendidos às empresas do mesmo grupo, de fato ou de direito, e aos seus dirigentes, administradores e empregados envolvidos na infração os efeitos do acordo de leniência, desde que o firmem em conjunto, respeitadas as condições impostas.

§ 7º A empresa ou pessoa física que não obtiver, no curso de inquérito ou processo administrativo, habilitação para a celebração do acordo de que trata este artigo, poderá celebrar com a Superintendência-Geral, até a remessa do processo para julgamento, acordo de leniência relacionado a uma outra infração, da qual o Cade não tenha qualquer conhecimento prévio.

§ 8º Na hipótese do § 7º deste artigo, o infrator se beneficiará da redução de 1/3 (um terço) da pena que lhe for aplicável naquele processo, sem prejuízo da obtenção dos benefícios de que trata o inciso I do § 4º deste artigo em relação à nova infração denunciada.

§ 9º Considera-se sigilosa a proposta de acordo de que trata este artigo, salvo no interesse das investigações e do processo administrativo.

§ 10. Não importará em confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada, a proposta de acordo de leniência rejeitada, da qual não se fará qualquer divulgação.

§ 11. A aplicação do disposto neste artigo observará as normas a serem editadas pelo Tribunal.

§ 12. Em caso de descumprimento do acordo de leniência, o beneficiário ficará impedido de celebrar novo acordo de leniência pelo prazo de 3 (três) anos, contado da data de seu julgamento.

desse análise é que se poderá determinar a existência de poder de mercado (NOGUEIRA, 2003, p. 76, 80)

Paula Forgioni (2008, p. 231) define o mercado relevante como: “aquele em que se travam as relações de concorrência ou atua o agente econômico cujo comportamento está sendo analisado”.

Vicente Bagnoli (2008, p. 138) o define como a menor área geográfica onde se encontra o menor agregado de produtos e serviços, englobando duas conceituações distintas, a de mercado relevante material e de mercado relevante geográfico.

O primeiro “compreende todos os produtos e serviços considerados pelos consumidores substituíveis entre si em razão de suas características, preço e utilização” (BAGNOLI, 2008, p.138), e o segundo “considera a área, o espaço, onde se embata a competição, que pode ser tida como anticoncorrencial, ou mesmo a área onde determinada operação econômica poderá produzir efeitos” (2008, p. 142).

Quando da delimitação do mercado revelante geográfico, Forgioni (2008, p. 238-240) arrola aspectos que deverão ser considerados: hábitos dos consumidores (deve ser verificado se o consumidor está disposto a afastar-se do local onde está para adquirir produto ou serviço similar ou idêntico); incidência de custos de transporte; características dos produtos; incentivos de autoridades locais à produção ou comercialização (o incentivo governamental pode impedir que os agentes econômicos estabeleçam uma relação de concorrência); existência de barreiras à entrada de novos agentes econômicos no mercado, e taxa de câmbio (que pode inviabilizar a importação de produtos estrangeiros a preços competitivos).

A identificação do mercado relevante é construída, portanto, no caso concreto: “cuida-se de uma operação lógica em que deve ser adotado um procedimento peculiar que nos permite identificar as relações de concorrência de que participa o agente econômico”. (FORGIONI, 2008, p. 231)

É na delimitação de mercado relevante que se desenvolve grande parte da análise desenvolvida na apuração da ilicitude da conduta, em outras palavras, sua delimitação importa para permitir à autoridade de defesa da concorrência que previna ou reprima os abusos ou infrações à ordem concorrencial.

## CAPÍTULO 5 O ESTADO SOBREPULADO PELA ORDEM CONCORRENCIAL

### 5.1 Intervenção concorrencial e sancionatória: reflexões sobre a intenção do legislador constituinte no artigo 173 da CF

Visto que o *caput* do artigo 173 trata da denominada intervenção concorrencial e o § 4º trata da intervenção sancionatória, surge a indagação a respeito do “por que” o legislador constituinte optou por colocar essas duas formas tão distintas de intervenção no mesmo artigo.

A análise das posições doutrinárias sobre o tema permite identificar dois grupos principais: o grupo que entende que o § 4º foi colocado por engano no artigo 173 da Constituição Federal; e o segundo grupo, que nega qualquer equívoco do legislador constituinte, pontuando que a previsão do § 4º do artigo 173 da CF/88 se justifica na medida que determina a sujeição das pessoas jurídicas de direito público às normas concorrenciais.

Situado no primeiro grupo, pode ser citado o posicionamento de José Afonso da Silva, para quem a previsão da legislação que reprime o abuso ao poder econômico trata de uma espécie de regulamentação da atividade econômica para normalizar a economia, e, como tal, deveria estar contida em um parágrafo do artigo 174 da CF/88:

A intervenção por via da regulamentação da atividade econômica surgiu como pressão do Estado sobre a economia para devolvê-la à normalidade; normalidade, então, consistia em manter um regime de livre concorrência; por isso, as primeiras formas de intervenção manifestaram-se através de um conjunto de medidas legislativas que intentavam restabelecer a livre concorrência. Nesse sentido é o **texto que embasa a legislação repressora do abuso do poder econômico, que deveria ser parágrafo do art.174 e não do art.173.** (SILVA, 2012, p.807, grifo nosso)

No mesmo sentido, João Bosco Leopoldino da Fonseca pondera que o constituinte errou gravemente ao colocar essa norma no contexto do art. 173, que nada tem a ver com abuso de poder econômico:

É conveniente ressaltar que os §§ 4º e 5º do art. 173 estão indevidamente colocados como parágrafos do art. 173, primeiro porque a matéria por eles tratada deveria ter sido colocada como um artigo, como ocorreu na



Constituição de 1946, segundo porque o assunto ali versado não se inclui como dependente do *caput*. (FONSECA, 2001, p. 236)

Para Alice Gonzalez Borges (2010, p. 57), os §§4º e 5º nada têm a ver com o tema de atividade econômica pelo Estado, tratado no *caput* do art. 173:

Quando tratam, respectivamente, da repressão ao abuso do poder econômico e da responsabilidade das pessoas jurídicas nos atos praticados contra a ordem econômica financeira e a economia popular, é evidente que se aplicam a qualquer empresa privada.

Tal posicionamento se encontra na fronteira entre as duas posições existentes, pois ao mesmo tempo que a autora atesta a inadequação da matéria referente à repressão da ordem concorrencial no contexto do artigo 173, acaba por concluir que tal modalidade de intervenção se aplica a qualquer empresa privada, o que inclui, por certo, as empresas estatais, já que qualificadas como pessoas jurídicas de direito privado.

Para o segundo grupo, quando o Estado atua como agente direto da atividade econômica, inexiste dúvidas quanto à sua sujeição ao sistema concorrencial, diante do fato de que a previsão de proteção contra o abuso do poder econômico se encontra em um dos parágrafos que tratam da exploração direta da atividade econômica pelo Estado:

Os princípios básicos que regem a atuação do Estado na economia encontram-se nos arts. 173 e 174 da Constituição Federal. De sua leitura depreende-se que três são as funções possíveis do Estado na economia: em primeiro lugar como agente direto da atividade econômica, em segundo como agente fiscalizador do exercício da atividade econômica pelos particulares e finalmente como agente normativo da atividade econômica. No primeiro caso não há dúvida quanto à sujeição do Estado ao sistema concorrencial. **A Constituição de 1988 deixou essa sujeição particularmente clara ao incluir (ao contrário das anteriores) a tradicional proteção contra o abuso do poder econômico em um dos parágrafos que tratam da exploração direta da atividade econômica pelo Estado (art. 173, § 4º). A Lei n. 8.884/94 confirma esse entendimento ao prever a sujeição de todos, sejam pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, às normas concorrenciais.** (SALOMÃO FILHO, 2007b, p. 238, grifo nosso)

Para Ramos Filho:

A exploração estatal de atividade econômica em regime de concorrência (intervenção direta por participação) tem de sujeitar-se ao princípio de “conformidade com o mercado”, que obriga o Estado a respeitar as regras de concorrência e condena os comportamentos anticoncorrenciais... **Esta**

**aliás, pode ter sido a razão que levou o Constituinte a incluir no art. 173 da CF/1998 – que trata da intervenção direta do Estado da economia – a norma constante no § 4º. – que, indiscutivelmente, cuida de modalidade de intervenção estatal indireta: esclarecer que o Estado-empresário também se sujeita às reprimendas do Estado regulador da economia. (RAMOS FILHO, 2009, p. 71-72, grifo nosso)**

Isabel Vaz também partilha da opinião de que, ao localizar a repressão ao abuso do poder econômico no § 4º, artigo 173, da Constituição de 1988, a intenção do constituinte foi submeter as atividades econômicas estatais à disciplina concorrencial:

Ainda no plano constitucional, o § 4º do art. 173, ao dispor que “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”, define o instrumento posto à disposição da Sociedade e das autoridades públicas para a defesa da livre concorrência. Prevendo o caput do art. 173 as hipóteses excepcionais da atuação estatal direta na economia, as empresas que a ela se dedicarem estarão, também submetidas às injunções contidas nas leis de defesa da livre concorrência. Assim, tanto as iniciativas econômicas privadas quanto as estatais devem obediência a submissão ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

**Ao contrário do que muitos pensam, a localização do conteúdo daquele parágrafo quarto em artigo referente às atividades econômicas estatais não decorreu de má técnica legislativa e nem de descuido do legislador. A intenção foi submeter as entidades econômicas estatais ao crivo das leis de proteção da concorrência.** Assim nenhuma categoria de atividades econômicas possui amparo legal para pretender estar isentas ou imune à incidência das leis de defesa da concorrência. (VAZ, 2002, p. 192, grifo nosso)

Sobre o tema, leciona Werter Faria (1990, p. 150, grifo nosso):

O art. 173 da Constituição vigente restringe a liberdade de iniciativa econômica do Estado, permitindo-a somente “quando necessário aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, definidos em lei”. Delimita, portanto, o princípio da ordem econômica relativo à liberdade de iniciativa. O parágrafo único do art. 170 estipula que a iniciativa econômica privada é livre e independente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei. O Estado, ao contrário, está impedido de iniciativa econômica, ressalvados os casos previstos na Constituição e na lei que regulamentará o art. 173.

**O § 4º desse artigo traça limite à forma de exercício da atividade econômica, quer pelos particulares, quer pelo Estado, coibindo as práticas que eliminam ou reduzem a concorrência. Por isso, não se justifica a crítica à localização do mencionado parágrafo.**

Nesse mesmo sentido, Rachel Sztajn (2002, p. 240) sustenta que a Lei Antitruste tem por base, além do § 4º, artigo 173, o artigo 172 e o *caput* do artigo 173 da Constituição Federal. Ora, se o *caput* do artigo 173, que trata da intervenção

concorrencial, serve de base para o § 4º do mesmo dispositivo, fica claro que a autora pode ser enquadrada no segundo grupo aqui tratado.

Negar qualquer equívoco do legislador constituinte parece ser a melhor interpretação do artigo 173 da Constituição Federal, senão vejamos.

Já mencionado no início do capítulo anterior, que Jacques Chevallier identifica três tipos de relação entre Estado e ordem concorrencial:

Em primeiro lugar, a figura tradicional do Estado garante da ordem concorrencial, que sobrevive, notadamente, através dos dispositivos estatais de regulação da concorrência. Em segundo lugar, a figura nova de um Estado sobrepujado pela ordem concorrencial, que tende a se construir fora e acima do Estado. Em terceiro lugar, a última figura, que é o subproduto da evolução precedente, é aquela do Estado submetido à ordem concorrencial. (CHEVALLIER, 2007, p. 136)

Tomando por base tal classificação, fica claro que o artigo 173 da Constituição Federal buscou identificar os tipos de relação entre o Estado e a ordem concorrencial, e o fez prevendo o Estado submetido à ordem concorrencial e o Estado garante da ordem concorrencial no mesmo dispositivo.

Como adiante será demonstrado, a previsão do Estado sobrepujado pela ordem concorrencial é uma constatação fática, cuja juridificação ocorreu por meio da intervenção sancionatória. Portanto, despropositada seria sua inserção na Constituição Federal, já que trata da realidade globalizante e neoliberalizante que identifica o período atual.

De toda forma, retornando ao “acerto” do constituinte no artigo 173 da CF, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou sobre a exegese do dispositivo, nos seguintes termos:

“Quer dizer, o art. 173 da CF está cuidando da hipótese em que o Estado esteja na condição de agente empresarial, isto é, esteja explorando, diretamente, atividade econômica em concorrência com a iniciativa privada. **Os parágrafos, então, do citado art. 173, aplicam-se com observância do comando constante do caput.** Se não houver concorrência – existindo monopólio, CF, art. 177 – não haverá aplicação do disposto no § 1º do mencionado art. 173.” (RE 407.099, voto do Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 22-6-2004, Segunda Turma, DJ de 6-8-2004, grifo nosso)

A simples leitura do trecho do acórdão permite revelar que o STF admite, ao lado dos já citados doutrinadores, que o § 4º do artigo 173 existe para revelar a submissão do Estado à ordem concorrencial. Outra não é conclusão ao dispor que

os parágrafos do artigo 173 se aplicam com observância do comando constante no *caput*.

A aplicação da Lei Antitruste às pessoas jurídicas, determinada constitucional e infraconstitucionalmente, tem especial razão no cenário brasileiro:

Em alguns casos, como no Brasil, a crença na incapacidade de autocontrole do mercado, somada à aplicação de planos desenvolvimentistas executados pelo setor público, acaba resultando em um açambarcamento pelo Estado de parte da atividade produtiva que normalmente seria exercida pelo setor privado. Quando isso ocorre acaba sendo necessário, como ocorreu no Brasil, incluir o próprio Estado e suas empresas como sujeitos passivos da lei concorrencial (v. art. 15 da Lei 8.884/94). Com isso não se está desvirtuando a lei antitruste, que continua a se aplicar apenas à regulação do mercado de bens e serviços e fatores de produção. Ocorre que o “mercado” considerado conta com agentes estatais dotados de apreciável poder e que não podem ser desconsiderados. (SALOMÃO FILHO, 2007b, p. 64)

Mesmo considerando a posição do primeiro grupo, para o qual a previsão do § 4º estaria por engano no artigo 173, não deve ser ignorado que por vezes os “defeitos” constantes na Carta Constitucional podem revelar benefícios: “esses supostos defeitos podem ser o meio de manter a Constituição brasileira “viva” e eficaz, como expressão adequada dos anseios de uma sociedade em processo constante de mudança, seguindo a interpretação que o momento histórico reclamar”. (ATHIAS, 1997, p. 141).

A interpretação adequada, porém, parece ser admitir o acerto da previsão do § 4º no artigo 173 da Constituição Federal, diante da importância que assume o direito concorrencial em tempos de globalização. Ou seja, o constituinte prestigiou a relação entre o Estado e a ordem concorrencial, e o fez, repito, prevendo o Estado submetido à ordem concorrencial e o Estado garante da ordem concorrencial no mesmo dispositivo.

Se a ordem econômica é fundada no trabalho humano e na livre iniciativa, nada mais natural do que admitir a relevância da ordem concorrencial, impondo a leitura do artigo 173 conjuntamente com os fundamentos e princípios da ordem econômica<sup>99</sup>, evitando uma interpretação “em tiras”:

<sup>99</sup> Luiz Fernando Schuartz (2000, p. 78, grifo nosso) sustenta: “deixando de lado os clamores obviamente ilusórios de “ética” no capitalismo, o problema diz respeito à possibilidade de gerar e estabilizar, via política econômica, as condições materiais para que o “bem de todos” segundo critérios de justiça social seja possível. Trata-se, em suma, de um problema genuinamente econômico, em face do qual esta ciência pouco tem a dizer. **Como nós tampouco sabemos, por**

Não é possível, nem razoável, interpretar a Constituição topicamente, por dispositivos isolados, ou, para usar da expressão do professor Grau, em “tiras”. Essa interpretação tópica, propositalmente limitada, atende interesses nem sempre altruístas e dá margem a pelo menos duas consequências graves: a primeira de que, assim interpretada a Constituição, ela acaba por servir de mote e fundamento para a atuação ideológica dos eventuais ocupantes dos cargos de governo, Ou seja, os governantes, ocupando transitoriamente, podem orientar sua atuação executiva e mesmo legislante no sentido de atender o seu vezo ideológico que o conduz, apoiada nessa ou naquela norma constitucional isolado. Se me é permitido usar a expressão, a Constituição, nesse caso, passa a ter a “cara” do governo, e não este “a cara da Constituição”.

O segundo risco, ainda mais grave, por que está acontecendo, é o de se deixar empolgar a interpretação constitucional pela euforia, que mais parece, com o devido respeito, uma nau de insensatos, marcado pelo neoliberalismo que hoje grassa inclusive nos círculos acadêmicos. Isso, somado a uma atuação desastrosa do governo, pode causar danos incalculáveis ao país, com a adoção, “respaldada” na Constituição, de um discurso liberal clássico e a uma pregação não intervencionista e desregulamentadora da economia, com todos os problemas que encerra essa expressão. (ATHIAS, 1997, p. 20)

Assentada a adequação do § 4º no artigo 173 da Constituição Federal, necessário analisar alguns aspectos atuais da intervenção concorrencial e sancionatória.

## **5.2 O panorama atual da intervenção concorrencial: privatização e submissão às normas concorrenciais**

As inúmeras atribuições que o Estado acumulou no período intervencionista redundaram na necessidade de reformulação de seu papel, sob a compreensão de que ele deveria se dedicar, de forma eficiente, à prestação de serviços públicos essenciais e atividades que satisfaçam o interesse social.

As empresas estatais, que inicialmente foram criadas como instrumento do Estado para arrumar a desordem proveniente do regime capitalista, passaram a desaparecer diante dos programas privatizadores implementados a partir da década de 1990, década na qual o Estado brasileiro teve que se adaptar ao contexto neoliberal, e o fez realizando reformas estruturais e conjunturais no âmbito interno. (OLIVEIRA, 2008, p. 86)

A privatização visou corrigir a anomalia do gigantismo do Estado, se amoldando à política neoliberal e devolvendo à iniciativa privada um espaço que, em

---

outro lado, se este ideal é impossível, a obrigatoriedade de definir e implementar ao menos tentativas no sentido de sua efetiva realização pode ser inferida sem grandes problemas no art. 170”.

situação de normalidade, lhe pertence. Portanto, o movimento privatizador nada mais representa do que a revisão do papel do Estado por meio da retomada de teorias liberais, ainda que sob novas roupagens. (SOUTO, 1990, p. 57)

Eros Grau adverte que o tema da privatização das empresas estatais deve inicialmente distinguir a privatização de empresas prestadoras de serviços públicos e a privatização de empresas estatais que desenvolvem atividade peculiar do setor privado. Em segundo lugar: “as privatizações são induzidas não apenas pelo “modismo” neoliberal, antes decorrendo da necessidade de o Estado vender empresas estatais para ‘fazer caixa’.” (GRAU, 2008, p. 288)

Conclui que, em tema de privatizações, deve ser analisado sempre o caso concreto, garantindo-se que a privatização e a reprivatização obedeçam aos princípios definidos no artigo 37 da Constituição Federal. (GRAU, 2008, p. 289)

No ordenamento jurídico brasileiro, a submissão das empresas públicas às mesmas normas de atuação das empresas privadas acaba por favorecer uma tendência privatizadora da economia, pois os Estados se vêem obrigados a racionalizar e reestruturar o setor empresarial público, melhorando sua capacidade operacional e de concorrência. A impossibilidade de atingir tais objetivos leva à privatização como a solução mais viável:

O processo foi acelerado nos Governos Fernando Henrique Cardoso – em especial devido às Emendas Constitucionais que acabaram com os monopólios públicos das telecomunicações, distribuição de gás encanado e setor petrolífero (além das distinções entre empresas de capital nacional e estrangeiro), unidas à nova legislação infraconstitucional (sobremaneira a Lei de Concessões – Lei nº 8.987/95).

Em suma, entre outubro de 1991 e janeiro de 2000, foram captados US\$ 69 bilhões, através da venda de 117 empresas estatais e foram transferidos US\$ 16,5 bilhões em dívidas para o setor privado.

**A partir de 1995, o Estado brasileiro deixou de dispor do mesmo aparato empresarial interventivo que havia construído a partir de meados do século XX. Boa parte das empresas de propriedade estatal foi transferida à iniciativa privada e, além disso, foram criados novos serviços e modalidades contratuais de concessão de serviços públicos (a concessão de rodovias é um bom exemplo).** Apesar de ainda deter significativa parcela da intervenção ativa na economia, o Estado brasileiro transferiu à iniciativa privada a exploração de muitas das atividades econômicas outrora por ele detidas em regime de monopólio (ferrovias, telefonia, energia elétrica etc.)

Isso à parte de setores em que, ao lado da privatização, deu-se a liberalização e abertura dos mercados à concorrência... o Estado retira-se de parte do cenário empresarial e passa a exercer a intervenção regulatória administrativa das atividades econômicas. (MOREIRA, E. B., 2004b, p. 203-204, grifo nosso)

Ademais, é certo que a mistura de regras de mercado e de interesses políticos implica, por vezes, a prevalência destes últimos, levando a dificuldades administrativas diante da assimilação de um número abusivo de empregados e de cargos de direção, atendendo ao interesse público da época: “consequentemente, o afastamento estatal destina-se a contribuir para a modernização da economia auxiliando na estabilização do até agora inafastável quadro de instabilidade”. (RIBEIRO, 2004, p. 159)

No nível infraconstitucional, a responsável pela implementação desses novos rumos foi a Lei n.º 8.031/90, que criou o “Programa Nacional de Desestatização” com o objetivo de reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público e permitindo a retomada de investimento nas empresas e atividades transferidas para a iniciativa privada.

Os projetos de privatização são executados por intermédio das diversas modalidades: a) alienação de participação societária, inclusive do controle acionário; b) abertura de capital; c) aumento de capital com renúncia ou cessão, total ou parcial, de direitos de subscrição; d) transformação, incorporação, fusão ou cisão; e) alienação, arrendamento, locação, comodato ou cessão de bens e instalações; f) dissolução de empresas ou desativação parcial de seus empreendimentos, com a consequente alienação de seus ativos:

A partir de 1990, com o Programa Nacional de Desestatização – PND, o Estado brasileiro passa a mudar a sua forma de atuação como agente produtor de bens e serviços em determinados setores da economia, iniciando um longo processo de privatização de empresas estatais e intensificando a concessão de serviços públicos à iniciativa privada. Nesse contexto, passa também a redimensionar sua atuação como agente regulador da atividade econômica, voltando-se, com o desmantelamento do aparato burocrático que caracterizou o modelo de Estado regulador até então existente, para a criação de órgãos reguladores com autonomia decisória em relação à administração direta e mudanças nas técnicas administrativas de regulação da economia. (MATTOS, 2006, p. 138)

Marcos Juruena Villela Souto (1990, p. 61) critica a denominação “Programa Nacional de Desestatização”, que possui o objetivo amplo de reduzir a participação do Estado na economia, diminuindo tanto o excessivo intervencionismo normativo como o fomento indiscriminado: “não sendo o programa tão abrangente (como se esperava) deveria ser denominado programa Nacional de Privatização”.

A Lei n.º 8.031/90 foi sucedida pela Lei n.º 9.491/97<sup>100</sup>, que criou o Programa Nacional de Desestatização, ampliando, dessa forma, as reformas estruturais do Estado, tendo como objetivos, dentre outros, reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público e permitir que a administração pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais (incisos II e V, artigo 1º, da Lei n.º 9.491/97).

Sobre a legislação instituidora do PND, leciona Egon Bockmann Moreira (2010a, p.19-20):

A legislação instituidora do PND brasileiro disciplina tanto o tipo de empreendimentos que podem ser desestatizados como as respectivas formas operacionais e a competência da Comissão Diretora do Programa, autorizando-a a definir administrativamente quais empresas estatais serão alienadas à iniciativa privada. Tais preceitos foram objeto de várias ações de inconstitucionalidade, e o STF consolidou a desnecessidade de ato legislativo particular a descrever cada uma das empresas objeto de desestatização. Basta a autorização genérica em lei, a ser concretizada pelo órgão administrativo competente... Desde então, vêm sendo transferidos à iniciativa privada não só as empresas exploradas pelo Estado sob o regime de direito privado (siderúrgicas, petroquímicas, fertilizantes etc.), mas em especial os empreendimentos constitucionais ou legalmente qualificados de serviços públicos.

O processo de privatização das empresas estatais culminou no redimensionamento da atuação do Estado como agente regulador da atividade econômica, e traz ínsita a discussão sobre o aspecto substancial da decisão estatal.

Isso porque os fins do Estado não são livres, mas os meios podem ser escolhidos pelos governantes dentro de balizas que demarcam o território da ideologia capitalista, considerando que a Constituição Federal não fornece balizas ou limites sobre a temática da privatização.

A Lei n.º 9.491/97, em seu artigo 11, “a”, exige que a privatização seja devidamente justificada, mas para Aguillar (2012, p. 210), o dispositivo é inócuo e qualquer que seja a justificativa apresentada pelo Estado para a privatização com vistas a cumprir a determinação legislativa é tendencialmente aceitável, na ausência de condicionantes específicas:

<sup>100</sup> Para maior aprofundamento: SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras Linhas de Direito Econômico**. 5 ed. São Paulo: LTr, 2003, p. 364-371.



A insatisfação de setores da sociedade em relação às decisões de privatizar, na medida em que não se dispõe de instrumentos institucionais de contestação, acaba se convertendo em atitudes de protesto, mas não têm como alcançar o centro nervoso das decisões públicas.

**Por trás disso existe uma lógica fundamental da ética capitalista, e que se reflete nas opções consagradas em nossa Constituição: o melhor meio de se atingir certos fins constitucionalmente definidos é o da liberdade de iniciativa.**

E não é por outra razão que nos dias de hoje o papel econômico do Estado tem sido apenas o de recolocar nos trilhos a iniciativa privada...

Não há aqui qualquer juízo de valor, bem entendido, nem se pretende que apenas uma interpretação seja correta. Mas há limites para as interpretações corretas. **Vivemos em um país capitalista, com uma Constituição capitalista.** (AGUILLAR, 2012, p. 210-211, grifo nosso)

A ideologia capitalista nos moldes atuais importa em uma menor intervenção estatal direta no domínio econômico, e as ineficiências da empresa estatal favorecem essa tendência privatizadora:

A fórmula das sociedades de economia mista se revelou historicamente uma experiência válida, na medida em que as grandes companhias se associaram a governos para a realização de vultuosos empreendimentos. Com a repartição dos lucros resultantes. Essa foi a experiência das famosas Companhias, responsáveis pelos grandes descobrimentos e pelo extraordinário enriquecimento do Império Britânico.

Mas as sociedades de economia mista brasileiras, sobretudo as prestadoras de serviço público, sempre se revelaram empresas de fachada, que mal ostentam alguns funcionários como representantes de uma hipotética “minoría acionária”, a qual nada decide. (BORGES, 2010, p.69)

No panorama atual, a durabilidade da conveniência da opção interventiva somente pode ser garantida pelo estabelecimento de diretrizes que transcendam as instabilidades políticas e garantam a pertinência da opção pelos investimentos de capital público, visto que a intervenção estatal direta enfrentará eternamente um nebuloso caminho:

O qual numa de suas bordas tem a sociedade chamando por desenvolvimento, bem-estar, liberdade de seus cidadãos e, na outra, esbarra na atipicidade de um Estado empreendedor, cuja orientação maior se altera pela simples alternância dos titulares de seus poderes e cuja complexidade, às vezes, conduz à situação de caos administrativo. (RIBEIRO, 1998, p. 118)

Se ao jurista não cabe dar resposta a todas as perguntas que a presença das empresas públicas suscita<sup>101</sup>, é certo ao menos que uma das soluções aos seus paradoxos é a previsão constitucional de sua submissão à ordem concorrencial.

O panorama atual exige um direito da concorrência presente no setor privado e no setor público, pois ao mesmo tempo em que o Estado perde sua influência sobre a ordem concorrencial, essa mesma ordem deve sobre ele se impor, ou seja, o Estado submetido à ordem concorrencial é decorrência dessa redefinição entre a ordem estatal e a ordem concorrencial.

### **5.3 O panorama atual da intervenção sancionatória: o Estado garante da ordem concorrencial em tempos de globalização**

As manifestações indevidas do poder econômico, que podem caracterizar a dominação em detrimento do mercado livre, tem como contrarresposta a legislação antitruste dentro de um mercado com índole liberal, que busca preservar a lógica da economia capitalista de mercado<sup>102</sup>.

No entanto, como lembra Egon Bockmann Moreira:

O puro prestígio ao capitalismo não é o único ângulo adequado para o enfrentamento da questão, vez que pode dar margem à adoção de preceitos liberais num grau acentuado (ou exclusivo). Corre-se o risco de ser exaltada a visão de que a liberdade empresarial situa-se num nível absoluto, a gerar compreensões que atenuem a incidência de outros princípios constitucionais. (2010b, p. 58)

---

<sup>101</sup>Alberto Venâncio Filho (1998, p. 462) pontua que: “ao jurista não cabe dar resposta a todas as perguntas que a presença das empresas públicas coloca. Há problemas de ciência política, tendo em vista o papel que essas empresas desempenham no campo da organização político-administrativa do Estado; há problemas de sociologia, na medida em que essas empresas representam instrumentos de transformação social, e se encontram ligadas a uma tarefa de modernização da sociedade. E há ainda problemas econômicos, considerando o papel que a instituição exerce na vida econômica do País e nos processo de formação de poupança e na criação de novos investimentos”.

<sup>102</sup>“A modelagem legal de mercados é variada e depende, sempre, de opção por uma de duas linhas de pensamento: a liberal, que tem no funcionamento dos mercados seu eixo, e a socialista, que se interessa pela forma como funcionam. Cada um das vertentes, resultado de opção política pelo legislador, determina o grau de intervenção do Estado na economia. Quanto mais liberal a política maior ênfase dada à disciplina da concorrência, uma vez que a defesa do livre mercado não se faz sem ela, exigindo a restrição ou o controle dos monopólios, oligopólios, cartéis ou qualquer outra forma de coligação ou cooperação que ameace ou restrinja a competição”. (SZTAJN, 2002, p. 241)

Dentro do direito concorrencial, o puro prestígio ao capitalismo importa em entender a eficiência como peça primordial a ser preservada. O processo de juridificação vem exatamente para possibilitar que o mercado atinja resultados específicos, que considerem a intervenção e também a equidade: “eficiência e equidade devem ambas ser garantidas pelo direito moderno, mas o ponteiro da balança está usualmente inclinado em direção do primeiro”. (REICH, 1990, p. 274)

Carolina Munhoz (2006, p. 226-227) propõe um modelo de concorrência para o desenvolvimento no qual estão presentes: uma política da concorrência que não tem apenas o objetivo de defesa da eficiência econômica, mas concorre para a promoção do processo competitivo; a advocacia da concorrência, a ser promovida por todos os Poderes e pela sociedade; a promoção da cultura da concorrência disseminando os valores concorrencias em todos os segmentos da sociedade, e com uma autoridade concorrencial independente, com credibilidade e capaz de resistir a pressões políticas e burocráticas.

A busca por modelos concorrenciais que prestigiem mais do que a eficiência do agente econômico é mero reflexo de que, como expõe José Afonso da Silva, desde que o modo de produção capitalista evoluiu para formas oligopolistas, não existe mais economia de mercado, nem livre concorrência:

Falar hoje em economia descentralizada, como economia de mercado, é tentar encobrir uma realidade palpável de natureza diversa. **A economia está centralizada nas grandes empresas e seus agrupamentos. Daí por que se torna praticamente ineficaz a legislação tutelar da concorrência. É que a concentração capitalista não é um fenômeno patológico, mas uma realidade fundamental do novo Estado Industrial (...)** É uma realidade que não se modificará com mera determinação legal formal, senão com as transformações de seus próprios fundamentos. (SILVA, 2012, p.798, grifo nosso)

A indicada ineficácia da legislação antitruste seria um reflexo da doutrina neoliberal. Avelãs Nunes (2008, p. 76) expõe que diversas metamorfoses pelas quais passou o regime capitalista “que, a partir de certa altura, teve de abandonar a “boa vida” do estado liberal para assumir novas e pesadas responsabilidades no governo da economia e na solução dos problemas sociais”, assumiu objetivos políticos do pensamento neoliberal dominante:

Que não são caminhos de concorrência livre e não falseada. Estamos perante uma concorrência forçada e falseada (grosseiramente falseada pelo

dumping social, salarial, fiscal e ambiental). Mas que é desejada, tolerada e até promovida. Porque é uma concorrência boa para o grande capital. Porque ela conduz (como a realidade mostra) ao nivelamento por baixo em matéria de direitos sociais, de salários, de garantia de emprego, de protecção dos desempregados e dos aposentados, de defesa do meio ambiente. (NUNES, 2008, p. 79)

A ideologia neoliberal prega o desmantelamento das regulações produzidas pelos Estados nacionais, mas acaba transferindo muitas dessas regulações (produção de normas, regras e leis) para uma esfera maior: as organizações multilaterais como o G-7, a OMC, o Banco Mundial, o FMI, dominados pelos governos e banqueiros dos países capitalistas centrais (OLIVEIRA, 2008, p. 87):

É possível observar o enfraquecimento do Estado, seja pela diminuição da máquina estatal, seja pelo surgimento de blocos econômicos. Países componentes da Organização para Cooperação e o Desenvolvimento Econômico OCDE (ou OECD em inglês) foram os pioneiros na adoção de medidas que diminuíram o ritmo de investimento direto do governo, sobretudo devido ao aumento dos gastos sociais e de previdência e, promoveram o processo de transferência, por venda ou concessão, de empresas estatais a entidades privadas. Esses processos foram posteriormente introduzidos nos países de desenvolvimento por meio do Consenso de Washington, que enumerava dez regras básicas que deveriam ser seguidas para o ajustamento macroeconômico dos países. Assim imperam a disciplina fiscal; a reorientação das despesas públicas; a reforma tributária; a liberalização financeira; as taxas de câmbio unificadas e competitivas; a liberalização do comércio; a abertura a investimento estrangeiro direto; a privatização; a desregulamentação; o direito de propriedade seguro. (POMPEU, p. 16)

Como observa Bagnoli, e já ponderado no capítulo anterior, existe uma linha bastante tênue entre regulação e concorrência: “sobretudo em épocas de concentração do poder econômico, daí a necessidade de uma regulação mais atuante no que se refere à concorrência... deve-se atentar quais regras concorrenciais se aplicam aos agentes atuantes num mercado”. (BAGNOLI, 2008, p. 86)

O panorama apresentado revela a já discutida relação entre regulação tradicional e defesa da concorrência. Apontar as deficiências da legislação antitruste e atribuir maior valor à regulação tradicional não retira a importância da primeira, visto que as necessidades de regulação são variáveis, mas a existência do mercado e da concorrência não o são, ao contrário, são realidades evidentes sem prazo para terminar.

A importância da concorrência é exponencial num mundo globalizado. Aguillar (2012, p. 308) observa que as pressões decorrentes da globalização fazem aumentar o fluxo de capital estrangeiro no país, e elevam o número de transações na aquisição do controle de companhias sediadas no Brasil. Sobressai a importância das concentrações empresariais para fazer frente às exigências de mundialização dos mercados.

Nesse sentido ganha relevo o denominado direito da concorrência internacional<sup>103</sup>, buscando mecanismos de cooperação e técnicas interpretativas aplicáveis de forma mais genérica, pois a globalização dificulta, por exemplo, a já complexa identificação de mercado relevante:

O movimento da globalização econômica, à medida em que possibilitou que as empresas assumissem a forma de transnacionais, agregou maior complexidade à definição de mercado relevante para fins antitruste especialmente em razão da maior facilidade de comunicação associada à difusão das unidades produtivas ao redor do globo.

A política concorrencial adotada pelas empresas transnacionais, assim como suas decisões estratégicas de concentração empresarial, no cenário atual, têm seus reflexos sentidos em diversos mercados, o que, em regra, dá ensejo à jurisdição antitruste em múltiplos países. (MARQUES, 2004, p. 93)

Elizabeth Farina (2005, p. 55-57) aponta alguns desafios para a política antitruste: o primeiro grande desafio é a globalização, e a determinação do mercado relevante está na base de boa parte de todas as investigações de abuso de poder dominante e casos de concentração econômica:

Como analisar essas operações, determinar o mercado relevante e a extensão dos seus efeitos em escala planetária certamente preocupa as agências antitruste e coloca um **segundo desafio: compatibilizar políticas em blocos econômicos regionais, políticas nacionais e integração internacional**. (FARINA, 2005, p. 56, grifo nosso)

O terceiro desafio diria respeito às rápidas mudanças organizacionais que estão diluindo a fronteira de eficiência das firmas, tais como condomínios industriais e franquias. A complexidade de novas formas organizacionais dificultam determinar

<sup>103</sup> Ver: BASEDOW, Jurgen. Antitruste ou Direito da Concorrência Internacional. Tradução de: Maria Rosa Guimarães Loula; Tatiana de Campos Aranovich e Virginia de Melo Dantas. **Publicações da Escola da AGU: Debates em Direito da Concorrência**: Coletânea de Artigos. Coordenação de Jefferson Carús Guedes e Juliana Sahione Mayrink Neiva. Brasília: Advocacia-Geral da União, 2011; SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial: as estruturas**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2007b, p. 39-60

onde termina a eficiência e começa o comportamento anticompetitivo. Ainda, a crescente privatização de setores de utilidade pública sob o escrutínio de agências de regulamentação também dificultam o equilíbrio entre eficiência e concorrência.

É nesse quadro que Salomão Filho (2007b, p. 39-45) aponta as novas perspectivas do direito concorrencial, quais sejam, a necessidade evidente da internacionalização das preocupações concorrenciais em razão inclusive de sua submissão à objetivos de política industrial, e a formação de blocos econômicos regionais (Mercosul) ou aprimoramento dos já existentes (UE).

Enquanto a nova perspectiva se foca na eficiência, pois o poder econômico passa a ser visto como uma necessidade, a segunda perspectiva tem na garantia das condições estruturais da concorrência sua principal preocupação:

A ideia que esta à base da formação dos mercados comuns é a de constituição de uma comunidade econômica em que, como o próprio nome sugere, o elemento agregador central é o econômico e não o político... O direito concorrencial assume, assim, caráter de verdadeira constituição econômica, corpo de regras mínimas visando à garantia de igualdade de condições de concorrência entre os agentes econômicos que atuam no espaço econômico comum. A principal preocupação do direito concorrencial de origem comunitária é a garantia das condições estruturais da concorrência, isto é, as condições de acesso e permanência no mercado dos agentes. (SALOMÃO FILHO, 2007b, p.44, 45)

A atuação do Estado como garante da ordem concorrencial passa a trilhar novos rumos, ao mesmo tempo que o vínculo entre Estado e ordem concorrencial passa a ser posto em dúvida a partir do momento em que essa ordem encontra apoio fora do Estado.

#### **5.4 O Estado sobrepujado pela concorrência em tempos de globalização: o movimento pendular do intervencionismo estatal**

Ulrich Beck (1999, p. 27-30) distingue globalização, globalidade e globalismo. Pelo fenômeno da globalização, os Estados nacionais vêem a sua soberania, sua identidade, suas redes de comunicação, suas chances de poder e suas orientações sofrerem a interferência cruzada de atores transnacionais. A globalidade importa em concluir que já vivemos há tempos em uma sociedade mundial, ao menos no sentido de que a ideia de espaços isolados se tornou fictícia.

Por fim, o globalismo designa a concepção de que o mercado mundial bane ou substituiu, ele mesmo, a ação política:

Trata-se, portanto da ideologia do império do mercado mundial, da ideologia do neoliberalismo... A tarefa primordial da política – que consiste na delimitação e no estabelecimento de condições para os espaços jurídicos, sociais e ecológicos, dos quais a atuação da economia depende para ser socializada e tornar-se legítima – se perde de vista.

Para o autor, os fenômenos são irreversíveis, constatação com a qual não há como discordar.

A globalização/globalismo é um fato de política econômica que projeta-se sobre todas as áreas do relacionamento humano, especialmente sobre a política econômica. É nesse sentido que Aguillar (2012, p. 59) sustenta que a globalização é uma forma sintética de referência às transformações contemporâneas do sistema capitalista.

Essas transformações da ideologia capitalista afetam a relação entre o Estado e a ordem concorrencial, ou seja, provocam a diminuição da intervenção concorrencial, e o aumento da importância da intervenção sancionatória:

O sistema econômico misto de tendência duradoura e menos condicionada será aquele fundado nas outras formas de intervenção das quais dispões o poder público: fiscalização e repressão aos abusos, organização do sistema normativo repressor e promocional da atividade econômica, garantindo-se à empresa o exercício de sua função social. Enquanto as formas de intervenção indireta por si só forem insuficientes a garantir os objetivos imprescindíveis e imediatos da coletividade, permanece a opção e a escolha pela atuação direta viabilizada pelas empresas estatais. (RIBEIRO, 2004, p. 77)

Como a intervenção sancionatória começa a encontrar apoio fora do Estado, o Estado perde a influência que dispunha sobre a ordem concorrencial:

O processo de globalização econômica modifica profundamente a relação de interdependência e de interação entre ordem concorrencial e ordem estatal. Com efeito, a primeira tende a ultrapassar as fronteiras estatais para se estender ao nível mundial... Ele se encontra superado por outras instâncias no que toca à determinação das regras que enquadram a concorrência internacional. E, na medida em que essa regras se impõem ao Estado, ele torna-se, ele mesmo, mais “regulado” que “regulador”. (CHEVALLIER, 2007, p. 141)

A ordem concorrencial foi colocada acima do Estado, embora continue este a ser parte integrante dessa mesma ordem.

A complexidade da relação é acentuada quando, retornando às conclusões iniciais do trabalho, se percebe que a globalização trata, sobretudo, da globalização financeira (GRAU, 2008, p. 48), e encontra seu contraponto na doutrina neoliberal:

O neoliberalismo não existe fora do capitalismo. O neoliberalismo é o capitalismo na sua essência de sistema assente na exploração do trabalho assalariado, na maximização do lucro, no agravamento das desigualdades. **O neoliberalismo é a expressão ideológica da hegemonia do capital financeiro sobre o capital produtivo, hegemonia construída e consolidada com base na ação do estado capitalista, porque, ao contrário de uma certa leitura que dele se faz, o neoliberalismo exige um forte estado de classe ao serviço dos objetivos do setor dominante das classes dominantes, o capital financeiro.** (NUNES, 2012, p. 54, grifo nosso)

Ao que parece, no momento em que se retrata a realidade atual, que se fala da crise atual do capitalismo e da importância do estado concorrencial, se percebe que a ideologia capitalista, assente na economia de mercado/sistema de mercado, é um fato perene, que obviamente sofreu algumas alterações no que se refere ao papel do Estado na economia.

Como exemplo, contrapõe-se dois trechos que retratam a realidade do Século XIX e do Século XX, e que permanecem atuais no que tange ao retrato da realidade de mercado, forçando a conclusão que a globalização sempre foi uma questão de tempo:

A necessidade de um mercado em constante expansão para os seus produtos impele a burguesia a conquistar todo o globo terrestre. Tem de se fixar em toda parte, ramificar-se por toda parte, criar ligações em toda parte. (...). Com o rápido aperfeiçoamento de todos os instrumentos de produção, com as comunicações infinitamente facilitadas, a burguesia arrasta todas as nações, mesmo as mais bárbaras, para a civilização (...) Compele todas as nações a adotarem o modo de produção da burguesia, sob pena de ruína total; compele-as a introduzirem no seio a chamada civilização, isto é, a tornarem-se burguesas. Em uma palavra, a burguesia cria um mundo à sua imagem. (MARX, 2011, p.65-66)

O sistema econômico praticado por todos os países economicamente adiantados do mundo e, em formas mais difusas, pelos demais – com exceção da Coreia do Norte, de Cuba e, formalmente, mas não de fato, da China – confere o mais alto poder econômico àqueles que dominam as indústrias, os equipamentos e as terras de maior importância, e aos que controlam recursos financeiros. (...) No mundo real as empresas produtoras e a indústria fazem de tudo para estabelecer preços e definir a procura, e empregam, para isso, o monopólio, o oligopólio, o design e a diferenciação



do produto, a propaganda e outras promoções de venda e comercialização. Referir-se ao sistema de mercado como uma alternativa benigna ao capitalismo é um disfarce brando e sem sentido de uma realidade empresarial mais profunda (...) Existe somente o mercado impessoal, uma fraude não de todo inocente. (GALBRAITH, 2004, p. 18, 23)

Deve ser retirada dessa realidade seus efeitos positivos, ou seja, uma integração econômica que conduz também a uma eficiência política que se dá em três níveis: a integração confederativa, com a criação de um governo central que disponha sobre certos assuntos sem suprimir a soberania dos Estados membros; uma integração federativa, com concentração da soberania no Estado central, e autonomia aos Estados membros; e uma integração comunitária, como passo político posterior caracterizado na formação de uma comunidade de nações, com dois níveis diversos de soberania: a nacional e a comunitária (MOREIRA NETO, 2003, p. 552):

A globalização, nessa linha de raciocínio, põe em marcha um novo conceito de eficiência política, e se mostra um poderoso estímulo ao desenvolvimento das ciências e à redefinição do papel do Estado: em lugar de reduzi-lo em importância, como poderia parecer à primeira vista, vem reforçar também a necessidade de sua existência. Não mais, por certo, com poderes concentrados e monopolizados que já o caracterizaram em passado recente e que tantas infelicidades semeou, mas adequadamente concentrado em funções, em que tanto o exercício da coação legítimas, como o de concertação de interesses e o de fomento continuam indispensáveis. (MOREIRA NETO, 2003, p. 562)

Quanto à intervenção estatal, deve ser compreendida como um movimento pendular: “estamos vivenciando o retorno do pêndulo, antes estacionado na contemplação das forças de mercado, passa o pêndulo a sinalizar para as forças de mercado, como sendo aquelas predestinadas a tomar e executar as decisões imprescindíveis à evolução de um país”. (OLIVEIRA, 2005, p.147)

Essa compreensão aponta para a inocuidade em defender uma ou outra posição relativa ao papel adequado do Estado no domínio econômico:

A intervenção somente poderá eclodir nos exatos termos da previsão legislativa que der cumprimento à exceções previstas no Texto Maior. Os princípios e regras constitucionais firmam o espaço de ação estatal na economia, seus limites e conteúdo. Mas é preciso pôr em foco que a intervenção pode ser discricionária ou vinculada; intensa ou discreta; ampla ou retraída. Não há um parâmetro constitucional prefixado ao interno do universo interventivo, que determine o modo de agir do Estado do domínio econômico. V.G., haverá momentos em que a intervenção econômica estatal será dependente das políticas públicas. A definição do planejamento

estatal (determinando para o setor público – art.174) configurará as diretrizes em que se desdobrará a ação interventiva do Estado. (MOREIRA, E. B., 2004b, p. 140)

Como aponta Aguillar (2012, p. 5), “não há perversão do sistema nem quando o Estado aumenta sua interferência na economia, nem quando diminui”. Devem ser desmistificadas as ideias de que a intervenção estatal é uma perversão, na forma sustentada pelos liberais ou a ideia de que é uma solução, pois não permitiria a perpetuação das injustiças do capitalismo: “intervir ou deixar a economia seguir livre curso são opções de política econômica estatal. São remédios decorrentes de diagnósticos de detentores do poder sobre os problemas econômicos e sociais”. (2012, p. 10)

Como a intervenção estatal possui um movimento pendular, o equilíbrio entre a ordem concorrencial e o Estado é dinâmico e evolutivo, sendo que a tendência aponta a prevalência das leis de mercado sobre o Estado, ao qual cabe regular a ordem concorrencial, se possível, considerando os parâmetros estabelecidos na Constituição brasileira<sup>104</sup>.

---

<sup>104</sup> Celso Fernandes Campilongo (1999, p. 90-91) expõe que a globalização impõe ao Direito uma fragmentação normativa, pois as Constituições nacionais, responsáveis por desempenhar uma função de sensibilização recíproca entre direito e política, não se amoldam em uma sociedade globalizada. Como inexistente uma Constituição mundial capaz de promover o acoplamento estrutural entre os sistemas político e jurídico: “é certo que essa fragmentação normativa diminui a capacidade do Estado-nação fazer prevalecer os interesses públicos sobre os interesses específicos dos agentes produtivos”.

## 6 CONCLUSÃO

A importância em tentar compreender a ideologia capitalista e identificar no que consiste sua crise atual não fornecem a resposta do que irá resultar desse sistema.

É certo que a Constituição Federal de 1988 consagrou a ideologia capitalista, prevendo um sistema de iniciativa dual que permite a interação entre o Estado e os agentes econômicos.

Mas a lógica pura do regime capitalista é atenuada por meio de uma ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, que tem como finalidade assegurar a todos existência digna.

Essa atenuação também é sentida nos princípios da ordem econômica, direcionados não só à proteção dos agentes econômicos. A previsão da soberania nacional, por exemplo, é de suma importância nesse momento globalizante, no qual o Estado perde espaço para o capital. Também os terceiros afetados, tais como consumidores, meio-ambiente, são albergados pela proteção principiológica que limita o regime capitalista.

Ainda sim, a livre iniciativa permanece como pilar da ordem econômica brasileira. E se é certo que a liberdade de iniciativa dos agentes econômicos impõe mais possibilidades de exercício do que restrições, a presença excepcional do Estado na ordem concorrencial é essencial para preservar o modo de produção capitalista.

É sobre a ótica concorrencial que o artigo 173 da Constituição Federal dispôs conjuntamente acerca das intervenções concorrencial e sancionatória, indicando que a repressão ao abuso do poder econômico, nas suas mais variadas formas, se aplica tanto aos particulares como às empresas estatais.

A análise da intervenção concorrencial e da intervenção sancionatória demonstra que enquanto a primeira modalidade interventiva diminuiu de ritmo, cresceu a importância da segunda.

Essa alteração no papel do Estado o torna mais complexo com a adição do fenômeno globalizante e da ideologia neoliberal, exigindo uma reformulação de seu papel para estimular os agentes, em especial, a alcançarem os objetivos de

interesse comum eleitos pelo Estado nacional, e não pelos detentores do capital mundial.

A crise que se evidencia nesse novo panorama, portanto, é de índole política. Com base nessa constatação, cabe ao jurista apenas procurar a adequada intenção do legislador constituinte nos dispositivos que tratam da ordem econômica, fornecendo interpretações que não permitam o desvio das políticas públicas dos princípios constantes na Carta Magna, preservando a figura do Estado no seu papel de agente soberano e atento às necessidades da sociedade.

Dentro do movimento pendular da intervenção estatal, e considerando os fenômenos globalizantes e neoliberalizantes, fica difícil até mesmo identificar em que momento o Estado brasileiro está situado agora.

Tudo sinaliza para uma maior ingerência estatal na economia, mediante a consolidação de uma intervenção concorrencial mais reduzida, abrindo espaço para maior eficiência de condução de empresas estatais por agentes particulares, e maior ampliação da intervenção sancionatória, cuja regulamentação infraconstitucional e consequente aplicação concreta deve ser maleável o suficiente para albergar uma realidade complexa que não se limita ao cenário nacional, e ao mesmo tempo conviva com a realidade mundial sem perder de vista os fundamentos da República Federativa do Brasil.

## REFERÊNCIAS

AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito Econômico**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

ANDRADE JÚNIOR, Attila de Souza Leão. Introdução ao Estudo da Causa e Formas da Intervenção do Estado na Economia Brasileira. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Caderno de Direito Econômico I**. São Paulo: Editora Resenha Tributária, 1983, p. 311-337.

ANDRÉA FERREIRA, Sergio de. O Direito Administrativo das Empresas Governamentais Brasileiras. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v.136, p. 1-33, abr./jun.1979.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 11. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

ARAÚJO, Eugênio Rosa de. **Resumo de Direito Econômico**. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

ATHIAS, Jorge Alex. **A Ordem Econômica e a Constituição de 1988**. Belém: Editora Cejup, 1997.

BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BAGNOLI, Vicente. **Direito Econômico**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

\_\_\_\_\_. Poder Econômico e Imperialismo: A Relação entre Público e Privado (A História do Capitalismo). **Revista da Faculdade de Direito**, São Paulo, v. 101, p. 587-624, jan./dez.2006.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Direito Econômico Brasileiro**. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2000.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. São Paulo: Saraiva, v. 7, 1990.

BATTESINI, Eugênio. Direito e Economia da Concorrência: Concentração Vertical na União Européia. In: GUEDES, Jefferson; NEIVA, Juliana. **Publicações da Escola da AGU: Debates em Direito da Concorrência**. Brasília: Advocacia-Geral da União, 2011, p. 177-196.

BAUMAN, Zygmunt. **Em busca da política**. Tradução de: PENCHEL, Marcus. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 2000.

BECK, Ulrich. **O que é globalização? Equívocos do globalismo, respostas a globalização**. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BOBBIO, Norberto. **O dever de sermos pessimistas**. Tradução de: FERREIRA, João. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1994.

BONFIM, Diego. **Tributação e livre concorrência**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BORGES, Alice Gonzalez. Estatuto das empresas estatais na Constituição. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 12, n. 63, p. 55-73, set./out. 2010.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 09 set. 2012.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 27 fev. 1967. Disponível: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del0200.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del0200.htm)>. Acesso em: 10/12/12.

\_\_\_\_\_. Lei n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 dez. 1976. Disponível: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L6404consol.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6404consol.htm)>. Acesso em: 22/12/12.

\_\_\_\_\_. Lei n.º 8.031, de 12 de abril de 1990. Cria o Programa Nacional de Desestatização, e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 13 abr. 1990. Disponível: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8031.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8031.htm)>. Acesso em: 22/12/12.

\_\_\_\_\_. Lei n.º 8.137, de 27 de setembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 28 dez. 1990. Disponível: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8137.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8137.htm)>. Acesso em: 10/12/12.

\_\_\_\_\_. Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 06 jul. 1994. Disponível: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm)>. Acesso em: 01/12/12.

\_\_\_\_\_. Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jun. 1994. Disponível: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8884.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8884.htm)>. Acesso em: 01/12/12.

\_\_\_\_\_. Lei n.º 9.279, de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial.. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 15 maio. 1996. Disponível: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9279.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9279.htm)>. Acesso em: 20/12/12.

\_\_\_\_\_. Lei n.º 9.491, de 09 de setembro de 1997. Altera procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização, revoga a Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 set. 1997. Disponível: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9491.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9491.htm)>. Acesso em: 20/12/12.

\_\_\_\_\_. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 20/12/12.

\_\_\_\_\_. Lei n.º 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências.. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 02 dez. 2011. Disponível: < [http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm)>. Acesso em: 22/12/12.

\_\_\_\_\_. Projeto de Lei n.º 5345/2009. Autor: Gustavo Fruet. **Câmara dos Deputados**, Brasília. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=437188>>. Acesso em: 10/01/13.

\_\_\_\_\_. Projeto de Lei n.º 622/2011. Autor: Rodrigo Garcia. **Câmara dos Deputados**, Brasília. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=493660>>. Acesso em: 10/01/13.

\_\_\_\_\_. Projeto de Lei n.º 207/2009. Autor: José Sarney. **Senado Federal**, Brasília. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=91214](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=91214)>. Acesso em: 10/01/13.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1094. Ministro: Celso de Mello. Brasília. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1593498>>. Acesso em: 10/01/13.

BRITO, Edvaldo. Formas de atuação do Estado no domínio econômico. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Caderno de Direito Econômico I**. São Paulo: Editora Resenha Tributária, 1983, p. 368-381.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

CÂMARA, Jacintho de Arruda. O lucro nas empresas estatais. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 10, n. 37, p. 9-18, abr./jun.2012.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Teoria do Direito e Globalização Econômica. In: SUNDFELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direito Global**. Max Limonad: São Paulo, 1999, p. 77-92.

CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

CARVALHO. Pedro Jorge da Rocha. A Intervenção do Estado na Economia e a Imunidade Recíproca. **Estado, Constituição e Economia**. Organizadora: POMPEU, Gina Marcílio. Fortaleza: Fundação Edson Queiroz/Universidade de Fortaleza: 2008, p. 315-350.



CARVALHOSA, Modesto Souza Barros. **Direito econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

CAVALCANTI, Francisco. Reflexões sobre o papel do Estado frente à atividade econômica. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 20, 1997, p. 68 e seguintes.

CHAUÍ, Marilena de Souza. **O que é ideologia?** 38. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.

CHEVALLIER, Jacques. Estado e ordem concorrencial. **Revista de Direito Público da Economia – RPDE**, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, p. 133-151, out./dez. 2007.

COELHO, Fabio Ulhoa. Reforma do Estado e Direito Concorrencial. In: SUNDFELD, Ari. **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros: Sbdp, 2000, p. 190-199.

COMPARATO, Fabio Konder. O indispensável direito econômico, **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 353, ano 54, p. 14-26, março de 1965.

CORDOVIL, Leonor; BAGNOLI, Vicente; CARVALHO, Vinicius Marques de; ANDERS, Eduardo. **Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

CRETELLA JUNIOR, José. **Direito administrativo**. São Paulo: USP, 1973.

CUSTÓDIO FILHO, Ubirajara. Análise crítica da dicotomia serviços públicos x atividades econômicas no Direito brasileiro. **Revista de Direito Público da Economia – RPDE**, Belo Horizonte, ano 1, n.1, p. 197-222, jan./mar. 2003.

DEL MASSO, Fabiano. **Direito econômico**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.  
DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

DUTRA, Pedro de Almeida de. **Controle de Empresa Estatais: uma Proposta de Mudança**. São Paulo: Saraiva, 1991.

ENGLISH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. 6 ed. Tradução de: MACHADO, J. Baptista. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.

FARIA, Werter R. **Constituição Econômica – Liberdade de Iniciativa e Livre Concorrência**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 1990.

FARINA, Elizabeth. Teoria Econômica, Oligopólios e Política Antitruste. **Revista de Direito da Concorrência**, Brasília, n. 6, p. 29-60, jan./jun.2005.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. A intervenção na economia. **O Estado de São Paulo, São Paulo**, 5 de outubro de 1976. Disponível em <http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/45> >. Acesso em 03/01/2013.

FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição Brasileira**. São Paulo: Saraiva, v. 6, 1994.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FRANKENBERG, Günther. Tirania da dignidade? Paradoxos e paranóias de um valor supremo. In: \_\_\_\_\_. **A gramática da constituição e do direito**. Tradução de: ANTONIUK, E. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito Econômico**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

GALBRAITH, John Kenneth. **A economia das fraudes inocentes: verdades para o nosso tempo**. São Paulo: Companhia da Letras, 2004.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GIDDENS, Anthony. **O debate global sobre a terceira via**. In: GIDDENS, Anthony. Tradução de: SANTOS, Roger Maioli dos. São Paulo: UNESP, 2007, p. 51-64.

GOLOB, Eugene O. **Os “Ismos”**. Tradução de: JUNGSMANN, Ruy. Rio de Janeiro: Editora Ipanema Ltda, 1958.

GONÇALVES, Pedro; MARTINS, Licínio Pedro. Os serviços públicos económicos e a concessão no Estado regulador. In: MOREIRA, Vital. **Estudos de regulação pública – I**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

GRAU, Eros. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_. **Elementos de Direito Econômico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1981.

GRAU, Eros; FORGIONI, Paula A. Restrição à Concorrência, autorização legal e seus limites – Lei 8.884, de 1994 e Lei 6.729, de 1979 (“Lei Ferrari”). **Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro**, São Paulo, v. 114, ano XXXVII, p.258-272, abr./jun. 1999.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003.

HABERMAS, Juergen. **A crise de legitimação no capitalismo tardio**. 2 ed. Tradução de: CHACON, Vamireh. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 2002.

IRTI, Natalino. **L’ordine giuridico del mercato**. Roma: Editori Laterza, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviços públicos**. São Paulo: Dialética, 2003.

KEYNES, John Maynard. **O Fim do “Laissez-Faire**. In: SZMRECSÁNYI, Tamás. São Paulo: Ática, 1983, pp. 106-126. Disponível em: <  
<http://www.cefetsp.br/edu/eso/globalizacao/fimlaissezfaire.html>>. Acesso em: 03 set. 2011.

LAUBADÈRE, André de. **Direito Público Econômico**. Coimbra: Almedina, 1985.

LÖWY, Michael. **Ideologias e Ciência Social: Elementos para uma análise marxista**. São Paulo: Cortez, 1985.

MANNHEIM, Karl. **Ideologia e Utopia**. Tradução de: SANTEITO, Sergio Magalhães. Rio de Janeiro: Zahar, 1968.

MARQUES, Maria Manuel Leitão; ALMEIDA, João Paulo Simões de; FORTE, André Matos. Regulação sectorial e concorrência. **Revista de Direito Público da Economia – RPDE**, Belo Horizonte, ano 3, n. 9, p. 187-205, jan./mar. 2005.

MARQUES, Fernando de Oliveira. Aspectos atuais do mercado relevante. **Revista de Direito da Concorrência**, Brasília, n. 2, p. 89-94, abr./jun.2004.

MARTINS, Márcia Elizabete. **A Concorrência Desleal e Pressupostos Empresariais**. Disponível em: [http://www.fblaw.com.br/lang\\_portugues/artigos/a\\_concorrencia\\_desleal\\_e\\_pressupostos\\_empresariais.php](http://www.fblaw.com.br/lang_portugues/artigos/a_concorrencia_desleal_e_pressupostos_empresariais.php). Acesso em: 15 jan.13.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Manifesto do Partido Comunista**. Tradução de: COSTA, Edmilson. São Paulo: Edipro, 2011.

MASSAU, Guilherme Camargo. A crise do ente estatal. In: **Revista Sociologia Jurídica - ISSN: 1809-2721**. Disponível em: <<http://www.sociologiajuridica.net.br/numero-7/219-a-crise-do-ente-estatal>>. Acesso em: 26 dez. 2011.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **O Novo Estado Regulador no Brasil**. São Paulo: Singular/FAPESP, 2006.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito Administrativo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

\_\_\_\_\_. **Serviço público: conceito e características**. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2544/5.pdf>>. Acesso em: 10 jan.2012.

MENDES, Maria da Conceição Meirelles. O discurso neoliberal de desconstrução dos direitos trabalhistas. . **Estado, Constituição e Economia**. Organizadora: POMPEU, Gina Marcílio. Fortaleza: Fundação Edson Queiroz/Universidade de Fortaleza: 2008, p.236/260.

MÉSZÁROS, Istvan. **O poder da ideologia**. Tradução de: CASTANHEIRA, Paulo Cezar. São Paulo: Boitempo Editorial, 2004.

MÉSZÁROS, Istvan. **Para Além do capital**. Tradução de: CASTANHEIRA, Paulo Cezar; LESSA, Sergio. São Paulo: Boitempo Editorial, 2002.

MONTEIRO, Carmen Diva. **Sobre Política Antitruste no Brasil e seus Aspectos Críticos**. Disponível em:

<[www.seae.fazenda.gov.br/central\\_documentos/...1/doctrab27.pdf](http://www.seae.fazenda.gov.br/central_documentos/...1/doctrab27.pdf)>. Acesso em: 07.jan.13

MORAES, Reginaldo. Neoliberalismo. De onde vem, para onde vai?. In: ABDALA JUNIOR, Benjamin; ALEXANDRE, Isabel Maria M. **O Liberalismo Clássico**. São Paulo: Editora Senac, 2001.

MOREIRA, Egon Bockamnn. Anotações sobre a História do Direito Econômico Brasileiro (Parte I: 1930-1956). **Revista de Direito Público da Economia – RPDE**, Belo Horizonte, ano 2, n. 6, p. 67-96, abr./jun. 2004a.

\_\_\_\_\_. Anotações sobre a História do Direito Econômico Brasileiro (Parte II: 1956-1964). **Revista de Direito Público da Economia – RPDE**, Belo Horizonte, ano 3, n. 11, p. 121-143, jul./set. 2005.

\_\_\_\_\_. **Direito das Concessões de Serviço Público – Inteligência da Lei 8.987/1995**. São Paulo: Malheiros, 2010a.

\_\_\_\_\_. **O Direito Administrativo contemporâneo e suas Relações com a Economia**. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2004b.

\_\_\_\_\_. O Direito Administrativo da Economia e a Atividade Interventiva do Estado Brasileiro. In: CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann. **Estudos de Direito Econômico**. Belo Horizonte: Fórum, v. 2, p.153-179, 2010b.

\_\_\_\_\_. Reflexões a Propósito dos Princípios da Livre Iniciativa e da Função Social. **Estudos de Direito Econômico**. In: CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann. Belo Horizonte: Fórum, v. 2, p.209/224, 2010c.

MOREIRA, Vital. **Auto-regulação profissional e administração pública**. Coimbra: Almedina, 1997.

MOREIRA, Vital. **Ordem jurídica do capitalismo**. Coimbra: Centelha, 1987.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A Globalização e o Direito Administrativo. In:

\_\_\_\_\_. **Uma Avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, p. 543-563, 2003.

\_\_\_\_\_. Mutações nos Serviços Públicos. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 1, fevereiro, 2005. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

\_\_\_\_\_. **Ordem Econômica e Desenvolvimento na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: APEC, 1989.

\_\_\_\_\_. O Novo Papel do Estado na Economia. **Revista de Direito Público da Economia – RPDE**, Belo Horizonte, ano 3, n.11, p. 99-120, jul./set. 2005.

MOTTA, Paulo Roberto. O controle das empresas estatais no Brasil, **Revista de Administração Pública**, São Paulo, n. 14, p. 69-82, abr/jun. 1980.

MUNHOZ, Carolina Pancotto Bohrer. **Direito, Livre Concorrência e Desenvolvimento**. São Paulo: Lex Editora, 2006.

MUKAI, Toshio. **Administração Pública na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

NESTER, Alexandre Wagner. **Regulação e Concorrência (Compartilhamento de Infra-estruturas e Redes)**. São Paulo: Dialética, 2006.

NUNES, António José Avelãs. **A crise atual do capitalismo: capital financeiro, neoliberalismo, globalização**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

\_\_\_\_\_. A natureza do estado capitalista na óptica dos fundadores da ciência econômica. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná / Universidade Federal do Paraná**. Programa de Pós-Graduação em Direito. Curitiba: SER/UFPR, 2004, p.53-74.

\_\_\_\_\_. **Do Capitalismo ao Socialismo**. Coimbra: Atlântida Editora, 1972.

\_\_\_\_\_. O Estado Capitalista. Mudar para permanecer igual a si próprio. In: COUTINHO, Miranda; OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de; MEZZAROBBA, Orides; BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Constituição e Estado Social: os obstáculos à concretização constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra: Editora Coimbra, 2008.

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. A Regulação e o Direito da Concorrência. In: SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

NUSDEO, Fabio. **Curso de Economia: Introdução do Direito Econômico**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

\_\_\_\_\_. **Fundamentos para uma codificação do direito econômico**. São Paulo: RT, 1995.

OFFE, Claus; RONGE, Volker. **Problemas Estruturais do Estado Capitalista. Tese sobre a fundamentação do conceito de “Estado Capitalista” e sobre a pesquisa política de orientação materialista**. Tradução de: FREITAG, Bárbara. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

OLIVEIRA, Gesner. Relações entre defesa da concorrência e a regulação: a proposta de uma superagência. In: **Concorrência: panorama no Brasil e no mundo**. São Paulo, Saraiva, 2001.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Direito ao desenvolvimento na Constituição Brasileira de 1988. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 3, n.11, p.148-149, jul./set.2005.

OLIVEIRA, Vicente Kleber de Melo. A Intervenção do Estado na Economia. In **Estado, Constituição e Economia**. Organizadora: POMPEU, Gina Marcílio. Fortaleza: Fundação Edson Queiroz/Universidade de Fortaleza: 2008, p. 62-90.

PINTO, Felipe Chiarello de Souza; BRUNO, Reinaldo Moreira. **Parceria público-privada como resultado do declínio das sociedades de economia mista**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=70fcb77e6349f446>>. Acesso em: 03.01.2013.

PIMENTA, Adriana Campos de Souza Freire; PRATA, Lucília Alcione. O Tratamento da Questão Econômica na História Constitucional Brasileira. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região**, Belo Horizonte, v. 50, n. 80, p. 227-254, jul./dez. 2009.

POMPEU, Gina Marcília. Estado, Constituição e Economia. In: **Estado, Constituição e Economia**. Organizadora: \_\_\_\_\_. Fortaleza: Fundação Edson Queiroz/Universidade de Fortaleza, 2008, p. 11-18.

PRZEWORSKY, Adam. **Estado e Economia no Capitalismo**. Tradução de: CHEIBUB, Argelina; BASTOS, Pedro Paulo Zahluth. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1995.

RAMOS FILHO, Carlos Alberto de Moraes. A intervenção do Estado no domínio econômico: limites e modalidades à luz do direito brasileiro, **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, São Paulo, ano 17, n.88, p.60-90, set.-out./2009.

REALE, Miguel. **O Estado Democrático de Direito e o Conflito das Ideologias**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_. **Aplicações da Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

REICH, Norbert. Intervenção do Estado na Economia (Reflexos Sobre a Pós-modernidade na Teoria Jurídica). Tradução de: AGUILLAR, Fernando Herren. **Revista de Direito Público**, n. 94, ano 23, abr./jun.1990, p. 265-282.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **A derrocada da sociedade de economia mista e a ascensão do aspecto funcional da empresa privada**. Tese (Doutorado em Direito) - Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 1998.

\_\_\_\_\_. A noção de empresa na Lei n.º 8.884/94, **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Paraná**, Curitiba, v.4, 1987, p. 93-99.

\_\_\_\_\_. **Sociedade de Economia Mista & Empresa Privada: Estrutura e Função**. 1. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2004.

\_\_\_\_\_; LIMA, Solange Afonso de. Estado empresário: Considerações sobre as Sociedades de Economia Mista, **Revista de Direito Empresarial**, Curitiba, n. 10, p.11-42, jul./dez.2008.

\_\_\_\_\_; ALVES, Rosângela do Socorro. **Por um Estatuto Jurídico para as Sociedades Estatais que Atuam no Mercado**. Prêmio DEST/MP de Monografias: 2008.

ROCHA, Afonso de Paulo Pinheiro. **Implicações do princípio da livre iniciativa e da livre concorrência sobre o perfil constitucional da propriedade intelectual**. P.4279. Disponível em: <  
[http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/afonso\\_de\\_paula\\_pinheiro\\_rocha-2.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/afonso_de_paula_pinheiro_rocha-2.pdf)>. Acesso em: 02 de janeiro de 2013.



ROSAS, Roberto. Limites da presença do Estado na Economia: a atuação da empresa pública. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Caderno de Direito Econômico I**. São Paulo: Editora Resenha Tributária, 1983, p. 247-275.

RUIZ, Ricardo Machado. Preços Abusivos na Política Antitruste: Uma Peça com Três Atores. In: GUEDES, Jefferson; NEIVA, Juliana Neiva. **Publicações da Escola da AGU: Debates em Direito da Concorrência**. Brasília: Advocacia-Geral da União, 2011, p. 281-294.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial: as condutas**. 1 ed. São Paulo: Malheiros, 2007a.

\_\_\_\_\_. **Direito Concorrencial: as estruturas**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2007b.

\_\_\_\_\_. **Regulação da Atividade Econômica (princípios e fundamentos jurídicos)**. São Paulo: Malheiros, 2001.

SAYEG, Ricardo; BALERA, Wagner. **O Capitalismo Humanista**. Rio de Janeiro: KBR Editora Digital Ltda, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Direito Econômico**. São Paulo, Saraiva, 1980.

\_\_\_\_\_. O “Discurso Intervencionista” nas Constituições Brasileiras. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Caderno de Direito Econômico I**. São Paulo: Editora Resenha Tributária, 1983.

.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras Linhas de Direito Econômico**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2003.

SOROS, George. **A crise do capitalismo**. Tradução de: SERRA, Afonso Celso da Cunha. Rio de Janeiro: Campus, p.189-280, 1998.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. O Programa Brasileiro de Privatização das Empresas Estatais. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, n. 80, p.54-65, out./nov.1990.

SUNDFELD, Carlos Ari. A Administração Pública na Era do Direito Global. **Revista Diálogo Jurídico**, BAHIA, ano I, vol. I, n. 2, maio de 2001. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31987-37499-1-PB.pdf>>. Acesso em: 02 de jan. 2013.

SUSTEIN, Cass. As funções das normas reguladoras. **Revista de Direito Econômico brasileiro – RDPE**, Belo Horizonte, ano 1, n. 3, jul./set.2003, p.33-65.

SZTAJN, Rachel. Regulação e Concorrência no Sistema Financeiro. In: CAMPILONGO; Celso Fernandes; ROCHA, Jean Paul da; MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro**. São Paulo: Max Limonad: 2002, p. 232-254.

\_\_\_\_\_. **Teoria Jurídica da Empresa: atividade empresária e mercados**. São Paulo: Atlas, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: \_\_\_\_\_. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.1-22.

THUROW, Lester C. **O futuro do capitalismo: Como as forças econômicas moldam o mundo de amanhã**. Tradução de: MONTINGELLI JUNIOR, Nivaldo. Rio de Janeiro: Rocco, 1997.

TOLEDO, Gastão Alves de. Ordem Econômica e Financeira. **Tratado de Direito Constitucional 2**. In: MARTINS, Ives Gandra Martins; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do. São Paulo: Saraiva, 2010.

VAZ, Isabel. Fundamentos Constitucionais da Livre Concorrência no Setor Bancário. In: CAMPILONGO; Celso Fernandes; ROCHA, Jean Paul da; MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro**. São Paulo: Max Limonad: 2002, p. 189-210.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. **A Intervenção do Estado no Domínio Econômico**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

VIDIGAL, Geraldo. **Teoria Geral do Direito Econômico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977.

ZIMMER JÚNIOR, Aloísio. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2008.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

## DOCUMENTOS CONSULTADOS

ALTHUSSER, Louis. **Aparelhos Ideológicos de Estado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1985.

ARINÑO ORTIZ, Gaspar. **Principios de Derecho Público Económico: Modelos de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica**. Granada: Comares, 1999.

BAGNOLI, Vicente. Poder Econômico e Imperialismo: a relação entre o público e o privado. **Revista da Faculdade de Direito – Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 101, p. 587-624, jan./dez.2006.

BASEDOW, Jurgen. Antitruste ou Direito da Concorrência Internacional. Tradução de: LOULA, Maria Rosa Guimarães; ARANOVICH, Tatiana de Campos; DANTAS, Virginia de Melo. In: GUEDES, Jefferson; NEIVA, Juliana. **Publicações da Escola da AGU: Debates em Direito da Concorrência**. Brasília: Advocacia-Geral da União, 2011, p.235-251.

BAUMANN, Renato. Uma visão econômica da globalização. In: BAUMANN, Renato. **Internacionalização das empresas brasileiras**. Rio de Janeiro: Campus, 1996.

BIERMANN, João Everardo Matos. Pressupostos Econômicos do Populismo no Brasil: A emergência dos mercados no início do Século XX. In: **Estado, Constituição e Economia**. Organizadora: POMPEU, Gina Marcílio. Fortaleza: Fundação Edson Queiroz/Universidade de Fortaleza: 2008, p. 91-113.

CÂMARA, Jacintho de Arruda. Telecomunicações e Globalização. In: SUNDFELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direito Global**. Max Limonad: São Paulo, 1999, p. 177-191.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1987.

CARDOSO, Fernando Henrique. **Autoritarismo e democratização**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1975.

CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. **Tratado de Direito Comercial**. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, v. 1, 1953.

CASTRO, Claudio Henrique de. **A globalização: definição, efeitos e possibilidades no Direito**. Curitiba: I. Scherer, 2001.

FARIA, Luiz Augusto Estrella; CAMARGO, Octavio Augusto; BELLO, Teresinha da Silva. **Desvendando a espuma: reflexões sobre a crise, regulação e capitalismo brasileiro**. Porto Alegre: Fundação da Economia e Estatística Siegfried Emanuel Heuser, 1989.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Interesse público**. Disponível em <<http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/31>>. Acesso em 03.jan.2013.

FERRARESE, Maria Rosaria. **Diritto e Mercato: Il Caso degli Stati Uniti**. Torino: G. Giapichelli, 1992.

FERREIRA, Waldemar. **História do Direito Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Max Limonad, 1954.

FURTADO, Celso. **Desenvolvimento e subdesenvolvimento**. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1965.

FURTADO, Celso. **Formação Econômica do Brasil**. São Paulo: Cia. Editora Nacional, 2001.

GIDDENS, Anthony. **A Terceira Via: reflexões sobre o impacto político atual e o futuro da social-democracia**. Tradução de: BORGES, Maria Luiza X. de A. Rio de Janeiro: Record, 2005.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. São Paulo: Malheiros Editora, 2006.

LANARI, Flávio de Vasconcelos; PONTES, Helenilson da Cunha. O desempenho, pelo Estado, da função de modernização do capitalismo e o neoliberalismo. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Minas Gerais, p. 141-147, 1995.

LEWINSOHN, Richard. **Trustes e cartéis: suas origens e influências na economia mundial**. Tradução de: RODRIGUES, Sílvio. Rio de Janeiro: Livraria do Globo, 1945.

LÖWY, Michael. **As aventuras de Karl Marx contra o Barão de Munchhausen**. 5. ed. São Paulo: Cortez Editora, 1994.

MARX, Karl; FRIEDRICH, Engels. **A ideologia alemã**. 3. ed. Tradução de: CASTRO E COSTA, Luis Claudio de. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

MARX, Karl. **O Capital**. Tradução de: DEVILLE, Gabriel. São Paulo: EDIPRO, 1998.

MATOS, André. Regulação sectorial e concorrência. **Revista de Direito Público da Economia – RPDE**, Belo Horizonte, ano 3, n. 9, p. 187-205, jan./mar. 2005.

MAZZUCHELLI, Frederico. **A contradição em processo: o capitalismo e suas crises**. São Paulo: Editora Brasiliense, 1985.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e Discrecionariedade**. 2. ed. Rio de Janeiro, 1991.

NEVES, Marcelo da Costa Pinto. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. Brasília: UNB, 2010.

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Defesa da Concorrência e Globalização Econômica: o Controle da Concentração de Empresas**. São Paulo: Malheiros, 2002.

OTERO, Paulo. Origem da Intervenção Econômica em Portugal: notas para uma História do Direito Público. **Revista de Direito Público da Economia – RPDE**, Belo Horizonte, n. 4, p. 169-seguintes, out./dez. 2003.

PEREIRA, Luis Carlos Bresser. **A sociedade estatal e a tecnoburocracia**. São Paulo: Brasiliense, 1981.

PINTO, Bilac. O declínio das sociedades de economia mista e o advento das modernas empresas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 32, p. 1-15, abr./jun.1953.

RIPERT, Georges. **Aspectos jurídicos do capitalismo moderno**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1947.

ROCHA, Cármen Lucia Antunes. **Estudo sobre concessão e permissão de serviço público no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1996.

SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal**. Rio de Janeiro: Record, 2006.

SCHUARTZ, Luis Fernando. O Direito da Concorrência e seus Fundamentos: racionalidade e legitimidade na aplicação da Lei n.º 8.884/94. **Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro**, São Paulo, ano XXXIX, n. 117, p. 57-85, janeiro/março 2000.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2008;

SILVA, Américo Luis Martins da. **A Ordem Constitucional Econômica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, n.1.

TREPELKOV, V. **A crise geral do capitalismo**. Tradução de: DIÁKOV, I. Moscou: Edições Progresso, 1982.

THOMPSON, John. **Ideologia e Cultura Moderna**. Petrópolis: Editora Vozes, 1995

WUNDER, Daniel Hachem. **Princípio Constitucional da Supremacia do Interesse Público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.